

บทที่ 3

ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร : รูปธรรมของกฎหมายที่ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

จากการที่นักคิดนักปรัชญานับแต่ยุคกรีกโบราณมาจนถึงศตวรรษที่ 17-18 ซึ่งเป็นยุคแห่งการอาศัยเหตุผลตามธรรมชาติ เพื่อวิเคราะห์หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย และในขณะเดียวกันก็มีการใช้หลักเหตุผลตามธรรมชาติวิพากษ์วิจารณ์ การกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุผลของชนชั้นผู้ปกครอง ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถืออำนาจเบ็ดเสร็จ (Absolute Monarchy) และใช้อำนาจล้นล้าสิทธิตามธรรมชาติของชนชั้นผู้ปกครอง นักคิดนักปรัชญาต่างพยายามแสวงหาเหตุผลและวิธีการต่าง ๆ ในการจำกัดการใช้ อำนาจของชนชั้นผู้ปกครองดังกล่าว โดยการอ้างถึงสิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) หรือ กฎหมายธรรมชาติ เพื่อจำกัดและควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เพื่อป้องกันมิให้ล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งได้มีการพัฒนาแนวคิดและทฤษฎีขึ้นมาอย่างเป็นระบบมากขึ้น ถึงขนาดที่แนวคิดและทฤษฎีของกฎหมายธรรมชาติได้รับการบัญญัติเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ในรูปแบบประมวลกฎหมายของยุโรปเป็นจำนวนมาก ในศตวรรษที่ 18-19 ปรากฏว่ามีการบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพิ่มขึ้นมากมาย ทั้งยังปรากฏการประมวลกฎหมายขึ้นในฝรั่งเศสและประเทศอื่น ๆ ในยุโรป จนอาจกล่าวได้ว่า ในยุคนี้กฎหมายทั้งระบบประกอบไปด้วย กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติขึ้นเป็นส่วนสำคัญ ทั้งยังมีแนวคิดต่อไปอีกว่าสิ่งที่บัญญัติขึ้นนั้น เป็นไปตามเจตนาของอำนาจอธิปไตย (Sovereign) กล่าวคือ อำนาจอธิปไตยจะบัญญัติกฎหมายอย่างไรก็ได้ตามใจสมัครนั่นเอง

1. แนวคิดอำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมาย

ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีสาระสำคัญอยู่ที่การอธิบายว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยความตั้งใจของรัฐ กล่าวคือ เป็นการยืนยันแนวคิดที่ว่า กฎหมายเป็นผลผลิตหรือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจปกครอง (อำนาจรัฐ) และนอกจากนี้ทฤษฎีดังกล่าวยังเป็นการยืนยันถึง การแยกต่างหากจากกันโดยเด็ดขาดของกฎหมายที่รัฐอธิปไตยตราขึ้น (Positive Law) จากจริยธรรมหรือศีลธรรมของมนุษย์ รวมทั้งการมีแนวคิดที่ว่า ความยุติธรรม (justice) คือความถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ความยุติธรรมตามกฎหมาย (justice according to law) หมายถึง การเคารพปฏิบัติตามกฎหมายเกณฑ์ที่รัฐตราขึ้น¹ กฎหมายซึ่งแทนที่จะเป็นเรื่องของเหตุผล (reason) แต่กฎหมายกลับกลายเป็นเรื่องเจตจำนง (will) หรือเป็น

¹ Bodenheimer, Edgar. Jurisprudence. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p.95.

เรื่องของอำนาจรัฐ (power of state) ซึ่งได้รับการยอมรับและมีอิทธิพลเป็นอย่างมากนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 18-19 และโดยเฉพาะในยุคปัจจุบัน

การก้าวขึ้นมาเป็นบทบาทในประวัติศาสตร์ความคิดทางกฎหมาย ของทฤษฎีกฎหมายฝ่าย บ้านเมือง (Positive Law) และมีพัฒนาการขึ้นอย่างเป็นระบบในศตวรรษที่ 19-20 ซึ่งได้รับการยอมรับ และตอบสนองเป็นอย่างดีในรัฐชาติ (Nation State) สมัยใหม่ด้วยเหตุปัจจัยและข้อเท็จจริงทางบริบทสังคม การเมืองในยุคสมัยนั้น ๆ ซึ่งได้พัฒนาไปภายใต้แนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐที่กำลังได้รับความเชื่อถือ และยอมรับในหมู่นักคิดนักปรัชญายุคนั้น ผลจากแนวคิดดังกล่าวจึงมีความเชื่อมั่นว่า การจัดการเกี่ยวกับ ระบบการเมืองการปกครองเพื่อให้มีความมั่นคงและเจริญรุ่งเรืองขึ้น จะต้องกระทำโดยอำนาจสิทธิขาดของรัฐ และเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ดังนั้นรัฐจึงเป็นอำนาจสูงสุดแต่เพียงองค์การเดียว และกฎหมายซึ่งรัฐสมัยใหม่ใช้เป็นเครื่องมือในการจัดระเบียบสังคม จึงต้องมีลักษณะที่เป็นอำนาจสิทธิขาด และมีความสมบูรณ์อยู่ในตัวของมันเอง โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของศีลธรรมและความยุติธรรมหรือ แม้กระทั่งสิ่งอื่นใดที่มีคุณค่าในทางจริยธรรมใด ๆ

ด้วยแนวคิดและความเชื่อมั่นเช่นนี้เอง จึงมีการยอมรับกันอย่างกว้างขวางในคำอธิบายของ กฎหมายที่ว่า กฎหมายเป็นคำสั่งคำบัญชาของรัฐาธิปไตย ประกอบกับการยอมรับที่สอดคล้องกันเป็นอย่างดี ยิ่งของแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน (Doctrine of Popular Sovereignty) ซึ่งได้รับการชูธงเป็น หลักนำในการต่อสู้ทางความคิด ในฐานะอุดมการณ์ทางการเมืองของยุคสมัยนั้นทั้งในหลาย ๆ ประเทศใน ยุโรปและอเมริกา ซึ่งได้รับชัยชนะในที่สุด จึงทำให้มีการยืนยันต่อไปอีกว่า เมื่ออำนาจอธิปไตยเป็นของ ประชาชนแล้ว อำนาจอธิปไตยจึงได้รับการยกย่องให้เป็นอำนาจสูงสุด มีอำนาจสิทธิขาดที่สมบูรณ์และไม่มี ขอบเขตจำกัดภายในรัฐของตน

การยอมรับในแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน จึงสอดคล้องประสานกับทฤษฎี กฎหมายฝ่ายบ้านเมือง โดยเหตุผลประการแรกที่ยืนยันว่า รัฐเป็นอำนาจสูงสุดและไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใดๆ ทั้งสิ้น เหตุผลประการที่สอง เมื่อถือว่ากฎหมายเป็นเรื่องของคำสั่ง จึงยืนยันต่อไปอีกว่า กฎหมายเป็นเรื่อง ของอำนาจ ซึ่งแทนที่จะเป็นเรื่องของความถูกต้อง-ความผิด หรือความชอบธรรมกับความไม่ชอบธรรม หรือเป็น เรื่องของความยุติธรรมกับความไม่ยุติธรรม ด้วยเหตุที่เมื่อกฎหมายเป็นเรื่องของคำสั่ง จึงต้องเป็นเรื่องที่ผู้มี อำนาจเหนือ สามารถที่จะบังคับกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจให้ปฏิบัติตามเจตจำนงของผู้มีอำนาจ เหตุผลประการ ที่สาม เมื่อกฎหมายเป็นเรื่องของอำนาจแล้ว ผู้มีอำนาจจะสั่งอย่างไรก็ได้ เช่นนี้กฎหมายจึงมีที่มาจากเจตจำนง (will) ของมนุษย์ ผลที่ตามมาจึงเป็นว่า กฎหมายจะมีเนื้อหาสาระเป็นอย่างไรหรือมีความถูกต้องและไม่เป็น ธรรมหรือไม่ จึงไม่ใช่เรื่องที่นักกฎหมายจะต้องโต้แย้ง และพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าว ดังนั้นแนวคิดเช่น นี้เองจึงส่งผลไปถึงทัศนคติของนักกฎหมายโดยทั่ว ๆ ไปด้วย และเหตุผลประการสุดท้าย เมื่อกฎหมายเป็น กฎเกณฑ์ที่แตกต่างไปจากศีลธรรม จึงได้รับการยืนยันว่าการดำรงอยู่ของกฎหมายใด ๆ มิได้ขึ้นอยู่กับความที่ มันตอบสนอง หรือสอดคล้องกับหลักคุณค่าทางศีลธรรม หรือหลักจริยธรรมใด ๆ ที่สามารถปรับใช้ได้

เป็นสากลในทุก ๆ ระบบกฎหมาย ดังนั้นจึงมักได้ยินคำพูดอยู่เสมอว่า กรณีนี้เป็นความยุติธรรมแล้ว เพราะกฎหมายได้บัญญัติไว้เช่นนั้น ซึ่งมีความหมายโดยปริยายว่า เป็นความยุติธรรมตามกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงอาจไม่เป็นธรรมก็ได้²

ผลจากการนี้เมื่อพิจารณาต่อไปจะเห็นได้ว่า เมื่อมีการพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดแล้ว จะเป็นการให้ความสำคัญเฉพาะแต่ลักษณะภายนอกของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นการพิจารณากฎหมายแต่เพียงประสิทธิภาพของคำสั่งและบทลงโทษซึ่งทุกคนต้องปฏิบัติตาม โดยการละเลยและไม่พิจารณาถึงลักษณะภายในของกฎหมายแต่อย่างใด กล่าวคือ ความชอบธรรมของตัวบทกฎหมายนั้น ๆ หรือความยุติธรรมที่เป็นเนื้อหาสาระอันแท้จริงของตัวบทกฎหมาย ซึ่งจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ประชาชนเห็นชอบและยินยอมปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอย่างแท้จริง หากไม่ปฏิบัติตามเพราะเกรงกลัวต่ออำนาจและการลงโทษจากรัฐแต่เพียงอย่างเดียวไม่

อาศัยแนวคิดและเหตุผลดังกล่าวมาแล้ว การปรากฏตัวของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) นอกจากจะสอดคล้องกับข้อเท็จจริงทางบริบทสังคมการเมืองในยุคสมัยนั้นแล้ว ส่วนหนึ่งยังเป็นผลจากการผสมผสานของอิทธิพลความคิดทางการเมืองของนักคิดนักปรัชญาคนสำคัญบางคนที่มีความคิดสนับสนุนความเข้มแข็งของอำนาจรัฐชาติ³ อาทิเช่น โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) เขาก็ว่า สิ่งที่กำหนดกฎหมายคือ อำนาจหาใช่สิ่งจรรยาไมตรีใด ๆ ไม่ และเขายืนยันต่อไปอีกว่าอำนาจอันไม่จำกัดของรัฐชาติ⁴ ในการปกครอง ซึ่งเป็นที่ตระเถียงกันกับฌอง โบแดง (Jean Bodin) ซึ่งเน้นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐจะต้องไม่ถูกจำกัด ต้องมีการรวมศูนย์อำนาจเพื่อความเป็นเสถียรภาพของรัฐ⁵ และพร้อมกันนี้ โบแดงก็ได้ให้ลักษณะของอำนาจอธิปไตยต่อไปอีกว่า เป็นอำนาจที่ปราศจากขอบเขต ภาวะ และสูงสุดสิ้นพันธุ์ ซึ่งอำนาจนี้แสดงออกได้โดยการออกหรือการยกเลิกกฎหมาย โดยนัยนี้ องค์อธิปัตย์ผู้ใช้อำนาจสูงสุดจึงอยู่เหนือกฎหมาย เพราะตนเป็นผู้ออกและยกเลิกกฎหมาย⁶ กล่าวสำหรับนักคิดนักปรัชญาทางกฎหมายที่ได้สานต่อและพัฒนาแนวคิดดังกล่าวอย่างเป็นระบบคนต่อมา ซึ่งทำให้ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมีอิทธิพลทางความคิดต่อระบบกฎหมายในศตวรรษที่ 19-20 คงมีอาจปฏิเสธชื่อของ จอห์น ออสติน (John Austin) ไปได้ สำหรับออสตินแล้วเขาเห็นว่า วิธีการศึกษากฎหมายโดยทั่วไปจะต้องใช้วิธีการวิเคราะห์ และแยกองค์ประกอบของลักษณะข้อความในกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจนว่า คือ คำสั่งของรัฐชาติ⁷ ที่มีสภาพบังคับ และโดยเหตุเช่นนี้เอง จึงทำให้เขาสรุปว่า กฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฐชาติ⁸ ซึ่งกำหนดมาตรฐานความประพฤติให้กับผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองของตน ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามแล้วจะต้องได้รับโทษ⁹ จากแนวคิดของออสตินดังกล่าวแล้ว สิ่งที่น่าสนใจต่อไปก็คือ การที่ออสตินได้กำหนดนิยามของรัฐชาติ¹⁰ ให้หมายถึง บุคคลหรือกลุ่ม

² Mac Cormick, D.N. "Law, Morality and Positivism" *Legal Studies*, Vol. 1, 1961, pp.132-133.

³ จรัญ โสภณภักดิ์, *นิติปรัชญา*, กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์ชวนพิมพ์, 2532, หน้า 39,41.

⁴ บราวท์กิลด์ อูวามโบ, *กฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ*, กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536, หน้า 25.

⁵ จรัญ โสภณภักดิ์, *นิติปรัชญา*, หน้า 48.

บุคคลที่มีอำนาจทางการเมืองสูงสุดในประชาคมนั้น ๆ ซึ่งประชาชนให้ความเคารพเชื่อฟังคำสั่งโดยสม่ำเสมอ แต่เพียงผู้เดียวหรือกลุ่มเดียว โดยที่องค์อธิปัตย์นั้นมิได้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของอำนาจทางกฎหมายใด ๆ อีก⁶

เมื่อพิจารณาถึงองค์ประกอบโดยส่วนรวมต่อการก้าวขึ้นมาเป็นบทบาท ในประวัติศาสตร์ ความคิดทางกฎหมาย นับแต่ศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมาแล้ว ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ได้สอดประสาน และสนองรับเป็นอย่างดีในรัฐชาติ (Nation State) สมัยใหม่ที่ต้องการความมั่นคงของอำนาจหรือความชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้น เพื่อใช้ในการจัดระเบียบสังคมที่กำลังพัฒนาขึ้นในรูปของ รัฐชาติสมัยใหม่ และในขณะเดียวกันก็เพื่อความเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย องค์ประกอบทางสังคมการเมืองดังกล่าว จึงสอดรับกันเป็นอย่างดีกับทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ซึ่งเป็นไป ภายใต้นแนวคิดที่ถือว่า สิ่งที่จะทำให้นักกฎหมายได้รับการสนับสนุนจากสังคมจริง ๆ หรือการทำให้คนเคารพและ เชื่อฟังกฎหมายนั้น แท้จริงแล้วมิได้อยู่ที่เนื้อหาสาระซึ่งปรากฏอยู่ในตัวบทบัญญัติของกฎหมาย แต่หากอยู่ที่ กฎหมายนั้นมีสภาพบังคับได้จริงหรือไม่ และถ้าใช่แล้วคำสั่งนั้นก็คือ กฎหมายโดยสมบูรณ์นั่นเอง

เป็นที่แน่นอนว่า โดยเหตุแห่งอิทธิพลทางความคิดของความเป็นรัฐชาติสมัยใหม่ที่ส่งผลต่อ อิทธิพลทางความคิดที่แพร่หลายในกลุ่มชนชั้นนำของไทย และความคิดสมัยใหม่แบบวิทยาศาสตร์ ซึ่งส่งผล ถึงการต่อสู้เชิงความคิดภายในประเทศเพื่อการสร้างรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ รวมทั้งการคุกคามของมหา อำนาจตะวันตกในยุคแห่งลัทธิล่าอาณานิคม ซึ่งมีความเหนือกว่าไทยทั้งในแง่อำนาจทางทหาร เศรษฐกิจ และ วิทยาการด้านต่าง ๆ โดยกระแสคุกคามของมหาอำนาจตะวันตกนี้ ยังคงดำรงอยู่อย่างต่อเนื่องยาวนาน นับ ตั้งแต่รัชสมัยของรัชกาลที่ 3 เป็นต้นมา และปัจจัยที่สำคัญยิ่งก็คือ การปฏิรูประบบกฎหมาย เพื่อแก้ไขจุด บกพร่องของระบบกฎหมายไทยและการสนับสนุนการปฏิรูประบบการเมืองโดยส่วนรวม เช่นนี้แล้วจึงมีอาจ ปฏิเสธได้เลยถึงความกดดันในหลาย ๆ ด้านที่มีอยู่ในสังคมไทยยุคนั้น ในแง่ของผลสะท้อนทางความคิดที่มี ต่อสถาบันหรือวัฒนธรรมทางความคิดของสังคมไทยดั้งเดิม กลุ่มชนชั้นนำของไทยทั้งในรัชสมัยรัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5 รวมตลอดทั้งกลุ่มขุนนางตระกูลขุนนางที่มีอิทธิพลทางการเมืองการปกครองตั้งแต่รัชสมัย ของรัชกาลที่ 3 เป็นต้นมา ต่างเปิดรับและนำเข้าวัฒนธรรมตะวันตกทั้งสิ้น อาทิเช่น อิทธิพลของความคิดเชิง วิทยาศาสตร์ที่ได้เข้ามามีอิทธิพลต่อจิตสำนึกและวิถีชีวิตของกลุ่มชนชั้นนำของไทยดังกล่าว

กล่าวสำหรับการพิจารณาในแง่มิติของอิทธิพลแนวคิดทางปรัชญากฎหมาย จากการสอด ประสานของอิทธิพลต่าง ๆ ดังกล่าว ย่อมเปรียบเสมือนรากฐานอันมั่นคงประการหนึ่งต่อการเปิดรับและนำ เข้าของปรัชญากฎหมายแบบทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) ได้เป็นอย่างดียิ่งในสังคมไทย การต่อสู้เพื่อการรวมศูนย์อำนาจในทางการเมืองการปกครอง หรือเพื่อการสร้างรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

ในสมัยรัชกาลที่ 5 เพื่อการก้าวไปสู่รัฐชาติ (Nation State) สมัยใหม่หรือรัฐประชาชาติของสังคมไทย⁷ โดยเฉพาะนับตั้งแต่ปี พ.ศ.2430 ที่ทรงมีการแปลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน, พระบรมราชโองการประกาศแต่งตั้งตำแหน่งเสนาบดี พ.ศ.2435, การตราพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2440 หรือพระราชบัญญัติลักษณะเกณฑ์ทหาร พ.ศ.2443 ตลอดทั้งการจัดระเบียบแบบแผนทางการเมือง การปกครองที่เป็นเอกภาพทั่วพระราชอาณาเขตก็ได้ปรากฏขึ้นอย่างจริงจัง⁸ ซึ่งเท่ากับเป็นการนำเอาอิทธิพลทางความคิดของรัชกาลสมัยใหม่ของตะวันตกอย่างเป็นระบบและเป็นแบบแผนมากขึ้น อาทิเช่น สิทธิในด้าน การพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นธรรมตามปรัชญากฎหมายไทยดั้งเดิม ก็มีการเปลี่ยนแปลงขึ้น โดยการยก ระดับและยอมรับในหลักการที่ว่า บุคคลย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและได้รับการคุ้มครองในทางอาญา อย่างเท่าเทียมกัน แทนที่หลักกฎหมายดั้งเดิมที่ระบบการพิจารณาพิพากษาคดีจะผูกติดอยู่กับศักดิ์ดินนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายใหม่ที่ตราขึ้นทั้งด้านสารบัญญัติและวิธีบัญญัติ ก็ได้มีบทบัญญัติถึงการ รับรองสิทธิของบุคคลเพิ่มมากขึ้น นับตั้งแต่ก่อน ระหว่าง และภายหลังการพิจารณาพิพากษาคดี ส่วนในด้าน สิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการแสดงความคิดเห็นของประชาชน ก็ได้รับการคุ้มครองและขยายขอบเขตกว้างขวาง มากยิ่งขึ้น แม้จะมีข้อยกเว้นและข้อจำกัดอยู่หลายกรณีก็ตาม การปฏิรูประบบกฎหมายรวมทั้งการจัด ระเบียบการศาลให้เป็นแบบตะวันตกของสังคมไทยในสมัยรัชกาลที่ 5 เช่นนี้สืบเนื่องจากการที่สังคมไทยจำ ยอมประนีประนอมโดยการทำสนธิสัญญาเบาริง (Bowring Treaty) กับอังกฤษ เมื่อปี พ.ศ.2398 ซึ่งนำมาสู่ ปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต หรือการสูญเสียเอกราชทางการศาลแก่ชาวตะวันตกและคนในบังคับของชาติ ตะวันตก ด้วยผลจากลัทธิล่าอาณานิคมที่เกิดขึ้นในยุคนั้น ยังผลให้บุคคลชาติตะวันตกและคนในบังคับของ ตนไม่ต้องขึ้นศาลไทยเมื่อได้กระทำความผิด จึงทำให้พระองค์ตระหนักเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ถึงความบกพร่องใน ระบบกฎหมายและการศาลของไทยที่ล้าหลัง ยังบดทอนโทษที่ดูป่าเถื่อนรุนแรงในสายตาของชาวตะวันตก ความ ไม่เป็นระเบียบ และความไม่เพียงพอของกฎหมาย หรือปัญหาการพิจารณาคดีที่ล่าช้า ไร้ประสิทธิภาพ และ เต็มไปด้วยการทุจริตกินสินบน เหล่านี้ล้วนแต่เป็นข้อกล่าวหาที่มีมูลความจริงและต้องยอมรับกันโดยทั่วไป⁹ ซึ่งในรัชสมัยของพระองค์ปัญหาอันสืบเนื่องมาจากปัญหาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตได้ทวีความรุนแรง และบีบ รัดมากขึ้น ตามจำนวนของชาวต่างประเทศที่ได้เข้ามาภายในประเทศ ดังนั้น พระองค์จึงทรงตระหนักถึง ความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการปฏิรูประบบกฎหมาย และการจัดระเบียบการศาลให้มีความทันสมัยและเป็น แบบตะวันตกมากขึ้น อาทิเช่น การจัดตั้งกระทรวงยุติธรรม การจัดการและการเลือกระบบกฎหมายตามแบบ อย่างของประเทศมหาอำนาจตะวันตก รวมทั้งการชำระสะสางกฎหมาย โดยการยกร่างตัวบทกฎหมายใหม่

⁷ สมเกียรติ วันทะนะ. "เมืองไทยยุคใหม่ : สืบค้นจากพระหว่างรัฐกับประวัติศาสตร์สมัยใหม่" ใน ๑๑๕ ปีของไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 74-75.

⁸ จรัญ โยธาทันท์. นิธิปรัชญาภาคสอง : ปรัชญากฎหมายไทย, กรุงเทพฯ: บริษัทประชาชน จำกัด, 2536, หน้า 359.

⁹ ชัยอนันต์ สกวณิช และ ชัยติยา การณสุต. เอกสารการเมืองการปกครองไทย (พ.ศ.2417-2477), กรุงเทพฯ: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2532, หน้า 78-88. "พระราชดำรัสในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงแถลงพระบรมราชาธิบายแก้ไขการปกครองแผ่นดิน" โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับระบบกฎหมายและการศาลต่าง ๆ

หรือประมวลกฎหมายสมัยใหม่ตามแบบอย่างตะวันตกหลาย ๆ ประเทศ และประการที่สำคัญก็คือ ได้มีการจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นในสมัยนั้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการผลิตนักกฎหมายให้สามารถใช้กฎหมายในระบบกฎหมายใหม่ได้อย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง ด้วยปัจจัยและอิทธิพลของบริบททางสังคมการเมืองไทยในยุคสมัยดังกล่าว ที่ต้องการสร้างความเป็นรัฐชาติสมัยใหม่ จึงสอดคล้องกับปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่กำลังได้รับการยอมรับและมีพัฒนาการอย่างเป็นระบบในสังคมตะวันตก จึงอาจถือได้ว่า เหตุปัจจัยดังกล่าวเปรียบเสมือนรากฐานเบื้องต้นของการก่อตัวและมีอิทธิพลของปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมืองในสังคมไทย ซึ่งได้รับการยอมรับต่ออิทธิพลทางความคิดกันอย่างกว้างขวางในหมู่นักชั้นนำของสังคมไทยยุคนั้น โดยการผสมผสานกลมกลืนกันได้เป็นอย่างดีกับวัฒนธรรมทางความคิดของสังคมไทยที่ให้ความเคารพและเชื่อฟังต่อผู้ใหญ่ หรือวัฒนธรรมแห่งการยอมรับอำนาจโดยที่มิได้มีการโต้แย้งก่อนแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม อิทธิพลของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ได้ปรากฏชัดเจนอย่างเป็นระบบยิ่งขึ้น ในการเรียนการสอนของนักเรียนกฎหมายภายในโรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นไปท่ามกลางกระแสการปฏิรูปการเมืองการปกครอง และการสร้างประเทศให้มีความเจริญและทันสมัยเยี่ยงชาติตะวันตก ภายใต้กระแสความคิดแบบวิทยาศาสตร์ซึ่งเป็นธรรมชาติอยู่เองที่ปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ซึ่งอยู่ในกระแสความคิดหลักสมัยใหม่ จะได้รับการยอมรับจากกลุ่มชนชั้นนำทางความคิดสมัยใหม่ที่ได้มีโอกาสในการศึกษาจากต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ กลุ่มชนชั้นดังกล่าวได้รับการเรียนรู้และนำเข้าแนวคิดดังกล่าว โดยผ่านการถ่ายทอดไปสู่โรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม ประกอบกับยุคสมัยของรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ชนชั้นผู้ปกครองได้ใช้อำนาจบัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริงและโดยเด็ดขาด เพื่อวัตถุประสงค์ในการรวมศูนย์อำนาจทางการเมืองการปกครอง และการจัดระเบียบการบริหารให้มีประสิทธิภาพ ดังนั้นปรัชญากฎหมายที่สนับสนุนความชอบธรรมและความแน่นอนชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อรองรับความเด็ดขาดในการออกคำสั่งของรัฐชั้ปดีย์ จึงเข้ากันได้กับบริบททางสังคมการเมืองในยุคดังกล่าว การนำเข้าและการถ่ายทอดจากการเรียนการสอนภายในโรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม ซึ่งเป็นไปภายใต้การครอบงำทางความคิดของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองของตะวันตก ได้ปรากฏให้เห็นเป็นรูปธรรมชัดเจนขึ้น นับตั้งแต่ปี พ.ศ.2443 ซึ่งปรากฏใน "ลึคเซอร์ว่าด้วยกฎหมาย" ของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ซึ่งบรรยายเมื่อเดือนกันยายน พ.ศ.2443¹⁰ พระองค์ทรงตอบคำถามเรื่องกฎหมายคืออะไร ซึ่งเป็นไปตามแนวคำอธิบายของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองอย่างชัดเจน ในลึคเซอร์ว่าด้วยกฎหมาย พระองค์ทรงยืนยันว่า "กตหมายนั้นคือ คำสั่งทั้งหลายของผู้ปกครองว่าการแผ่นดินต่อราษฎรทั้งหลาย เมื่อไม่ทำตามแล้ว ตามธรรมดาต้องโทษ"

นอกเหนือจากบทนิยามกฎหมายดังกล่าวแล้ว พระองค์ยังได้ขยายความต่อมาในลึคเซอร์ว่าด้วยกฎหมาย โดยทรงเน้นถึงลักษณะสำคัญของกฎหมายตามแนวคิดของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ต่อมาอีกว่า "ก่อนที่จะเข้าใจว่ากตหมายนั้นคืออะไร จะต้องเข้าใจการที่ว่าใครเป็นผู้ปกครองว่าการแผ่นดิน ฤ

¹⁰ พระเจ้าฟ้ามงกุฎ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. ลึคเซอร์. กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2488. หน้า 1-7.

อีกในหนึ่งจะเรียกว่าเจ้าบ้านนายเมืองก็ได้ ผู้ปกครองว่าการแผ่นดินนั้น ผิดกับชนต่างชาติอย่างอื่น ด้วยเหตุ
ว่า ผู้ปกครองว่าแผ่นดินจะเป็นมนุษย์คนเดียวก็ดี ฤารวมหลายคนด้วยกันก็ดี มีอำนาจสิทธิ์ขาดสูงสุดที่จะว่า
กล่าวออกคำสั่งแก่ผู้อื่น ที่เรียกว่าราชกร แลคำสั่งเหล่านี้ เมื่อราชกรไม่ทำตามธรรมดาต้องโทษ” ซึ่ง
พระองค์ได้ทรงขยายความต่อไป “อธิบายคำกฎหมาย” ว่า “ผู้ที่มีอำนาจที่สูงสุดในทางราชการ เช่น พระบาท
สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในเมืองไทย หาใช่ผู้ซึ่งมีอำนาจโดยใช้กำลัง เช่น โจรผู้ร้ายในเขตรในถิ่นใด ๆ ”¹¹ ดังนี้
จะเห็นได้ว่า พระองค์ได้ทรงเน้นถึงลักษณะสำคัญของผู้ปกครอง หรือองค์รัฐาธิปัตย์ผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน
(The Sovereign) ซึ่งพระองค์ได้ให้ความหมายในลีดเซอร์ว่าด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปเช่นเดียวกับแนว
คิดของปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมืองที่ถือว่า กฎหมายเป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ (command of the
sovereign) ซึ่งประกอบด้วยสาระสำคัญคือ เจตจำนง (will) ของผู้ออกคำสั่ง บทลงโทษหรือสภาพบังคับ
(sanction) การแสดงออกซึ่งเจตจำนงอันมีลักษณะเป็นการบังคับทั่วไป (generality) และได้มีการประกาศใช้
โดยรัฐาธิปัตย์ (sovereign)¹² เป็นต้น

อิทธิพลของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ได้รับการตอกย้ำในสังคมไทยอีกครั้งโดยศาล
ฎีกา ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับภายหลังจากการปฏิรูประบบกฎหมาย กล่าวคือ

ความเห็นของศาลฎีกาที่ 144/2495 “ความยุติธรรมแปลว่าความประ
พุดดีอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัว
บุคคลย่อมแปรปรวนไปต่าง ๆ ไม่มียุติ เป็นยุติธรรมไม่ได้เลย....”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 211/2473 “กฎหมายต้องแปลให้เคร่งครัดตาม
กฎหมายที่มีอยู่ จะแปลให้คล้อยตามยุติธรรมมิได้....”

เช่นนี้แล้ว ทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จึงดูเหมือนหนึ่งว่าเป็นการตีกรอบของความ
ยุติธรรม โดยการให้อยู่แต่ภายในกรอบของกฎหมาย ซึ่งถือเป็นจุดยืนสำคัญของแนวคิดปรัชญากฎหมาย
สำนักนี้ การตอบคำถามเรื่องความยุติธรรมจึงควรจำกัดเฉพาะเรื่องความยุติธรรมที่มีอยู่ตามกฎหมายเท่านั้น

ภายหลังที่มีการแพร่หลายของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองมากขึ้น โดยเฉพาะภายหลัง
การเปลี่ยนแปลงระบอบการเมืองการปกครอง ในปี พ.ศ.2475 ซึ่งตามมาด้วยการปฏิวัติรัฐประหารหรือการ
แย่งชิงกันเพื่อความเป็นองค์รัฐาธิปัตย์กันเป็นระลอก ๆ และตามติดมาด้วยปัญหาการโต้แย้งเรื่องประกาศหรือ
คำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ในฐานะที่เป็นคำสั่งของรัฐาธิปัตย์ ได้กลายมาเป็นประเด็นการวิพากษ์วิจารณ์
กันอย่างรุนแรงและกว้างขวาง ทั้งในทางการเมืองและในเชิงความคิดทางกฎหมาย แต่ในทางกลับกันทฤษฎี
กฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ได้รับการตอกย้ำทางความคิดดังกล่าวมากยิ่งขึ้น เมื่อมีการผลิตตำราหรือวารสารทาง
กฎหมายเผยแพร่เพิ่มมากขึ้น การถ่ายทอดแนวคิดดังกล่าวจึงพลอยขยายตัวตามไปด้วย ซึ่งปรากฏจากงาน
เขียนต่าง ๆ ของนักกฎหมายคนสำคัญ อาทิเช่น งานเขียนของ รัตน์ จามรมาน (รองอำมาตย์เอก หลวงอดุลย

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 106.

¹² Hart, H. L. A. The Concept of Law. Oxford:Clarendon Press, 1961, p.81.

การโกวิท), วัน จามรมาน (พระยานิติศาสตราพิศาล), เอกุต์, ชุนประเสริฐ คุมาตรา, หลวงสุทิวาหนฤพุมิ, หยุด แสงอุทัย หรือ หนัด คอมันต์¹³ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม หากกล่าวสำหรับสังคมไทยแล้ว การยอมรับเอาทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองในการปรับใช้กับสังคมไทยนับแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี พ.ศ.2475 ก่อนข้างจะมีปัญหาทางทฤษฎีกฎหมายอยู่บ้าง เกี่ยวกับความเป็นรัฐาธิปไตยของคณะปฏิวัติรัฐประหารกล่าวคือ นับแต่คณะราษฎรได้ทำการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งอำนาจอธิปไตยยังคงเป็นของพระมหากษัตริย์อยู่ตามระบอบเดิม¹⁴ และเมื่อคณะราษฎรได้กระทำการยึดอำนาจสำเร็จแล้ว คณะราษฎรมิได้อ้างว่าตนเองเป็นรัฐาธิปไตย ด้วยเหตุที่การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ คณะราษฎรได้ขอให้มีการพระราชทานรัฐธรรมนูญจากพระมหากษัตริย์ และโดยเหตุที่รัฐาธิปไตยจะเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดล้นพ้นและไม่อาจถูกจำกัดได้โดยกฎหมาย เนื่องจากรัฐาธิปไตยเป็นผู้ออกและยกเลิกกฎหมาย ผลจากการนี้รัฐาธิปไตยจึงไม่อาจที่จะทำผิดกฎหมายได้ แต่ในความเป็นจริงคณะราษฎรได้ออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมให้แก่ตนเอง โดยนัยนี้เองคณะราษฎรจึงมิใช่รัฐาธิปไตยในทางทฤษฎีแต่อย่างใด และผลที่ตามมาจึงเป็นว่าอำนาจสูงสุดในการก่อตั้งองค์การหรืออำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) ก็คือ พระมหากษัตริย์ผู้ลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญ กรณีจึงอาจกล่าวได้ว่าพระมหากษัตริย์ในฐานะองค์อธิปัตย์ (sovereign) แต่เดิมทรงจำกัดพระราชอำนาจของพระองค์เอง และอำนาจสูงสุดนั้นได้พระราชทานให้ตกอยู่แก่ราษฎรและองค์การอื่น ๆ ซึ่งได้แก่พระมหากษัตริย์ภายหลังจากการลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญแล้ว สมาชิกแทนราษฎร คณะกรรมการราษฎร และศาล ซึ่งองค์การเหล่านี้จึงเป็นแต่เพียงผู้ใช้อำนาจแทนราษฎรในฐานะองค์การที่ได้รับอำนาจมาจากการก่อตั้งของรัฐธรรมนูญที่เกิดจากพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ผู้พระราชทานรัฐธรรมนูญโดยแท้¹⁵

อนึ่ง แม้จุดเริ่มต้นของการนำเข้าซึ่งแนวคิดนี้จะมีมาตั้งแต่ยุคการปฏิรูปกฎหมายของรัฐ แต่โดยสภาพที่เป็นจริงแล้ว ทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวได้รับการถ่ายทอดอย่างเป็นระบบ และเป็นไปอย่างต่อเนื่องโดยผ่านกระบวนการหล่อหลอมจากโรงเรียนกฎหมายของกระทรวงยุติธรรม หรืองานเขียนต่าง ๆ ของนักกฎหมายคนสำคัญข้างต้น ซึ่งล้วนเป็นไปตามแนวคิดปรัชญากฎหมายฝ่ายบ้านเมือง ในแบบฉบับของออสตินที่เข้ามาครอบงำความคิดของนักกฎหมายไทยโดยทั่วไปได้อย่างสิ้นเชิง และข้อสำคัญคือภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี พ.ศ.2476 ในสภาพความระส่ำระสายทางการเมืองการปกครอง ที่มีการช่วง

¹³ จรัญ โยธาทันท์. กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย : เส้นสายจาก 2475 ถึงปัจจุบัน. กรุงเทพฯ:กลุ่มประสานงานภาคมาเพื่อสังคม, 2528, หน้า 51.

¹⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537, หน้า 241-246. สังเกตได้จากการบินผู้มีอำนาจสูงสุดและเด็ดขาดอยู่ที่พระมหากษัตริย์ ซึ่ง ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ มีความเห็นว่า ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อ 24 มิถุนายน 2475 อำนาจอธิปไตยของรัฐไทยกับขององค์พระมหากษัตริย์ปนกันอยู่อย่างแยกไม่ออก

¹⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537, หน้า 240-285. และ อตุล วิเชียรเจริญ. "รอยต่อในทฤษฎีรัฐาธิปไตยไทย" รัฐธรรมนูญ. ปีที่ 39, (มิถุนายน 2534) หน้า 80-71.

จึงอำนาจทางการเมืองภายในประเทศกันมากโดยตลอด เช่นนี้เองที่แนวคิดทางทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง จึงได้รับการหยิบยกขึ้นมา เพื่ออธิบายความชอบธรรมของการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่ได้อำนาจมาโดยการ ใช้กำลัง ผลจากการนี้จึงมีว่า เมื่อใดที่บุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดสามารถเข้าเป็นรัฐาธิปัตย์ได้แล้วก็สามารถใช้ อำนาจตรากฎหมายเพื่อใช้บังคับ และสร้างความเป็นธรรมให้แก่ตนเองได้ทั้ง ๆ ที่บ่อยครั้งการใช้อำนาจตรา กฎหมายที่ว่่านั้น ชัดต่อหลักนิติศาสตร์และหลักความเป็นธรรมเป็นอย่างมาก เมื่อเป็นเช่นนี้ หากจะกล่าวว่ ระบบกฎหมายไทยภายใต้การศึกษาอบรมแบบเดิม เป็นระบบกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการปฏิวัติรัฐประหาร โดยใช้กำลังก็คงจะไม่เกินความจริง¹⁶ ไปนัก

2. การยกเลิกรัฐธรรมนูญของคณะปฏิวัติรัฐประหาร กับผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในระบบกฎหมาย

เมื่อสังคมไทยยอมรับผลที่ว่ากฎหมายคือคำสั่งคำบัญชาของรัฐาธิปัตย์แล้ว ผลที่ตามมาจึง มีกรณีที่จะต้องพิจารณาถึง ปัญหาการยกเลิกรัฐธรรมนูญของคณะปฏิวัติรัฐประหารกับผลกระทบต่อความ สมบูรณ์ในระบบกฎหมาย ซึ่งนับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในปี พ.ศ.2475 อาจกล่าวได้ว่ เป็นการ เปิดศักราชใหม่ของระบอบประชาธิปไตยเป็นครั้งแรกในสังคมไทย หลักการเกี่ยวกับความเสมอภาคของ บุคคลและสิทธิเสรีภาพในด้านต่าง ๆ ที่เปิดกว้างมากขึ้น ต่างสนับสนุนให้มีการตรวจสอบ หรือวิพากษ์วิจารณ์ การใช้อำนาจทางด้านกฎหมายของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมากขึ้น ซึ่งผิดกับยุคสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และหากพิจารณาถึงบทบาทความสัมพันธ์ระหว่างปรัชญากฎหมายกับสภาพบริบทสังคมการเมืองไทยภายหลัง ปี พ.ศ.2475 ซึ่งข้อพิจารณาเชิงความคิดทางทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง กลับกลายเป็นประเด็นความคิดที่ อยู่เบื้องหลังต่อการโต้แย้งทางกฎหมายที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งและดำเนินไปอย่างจริงจัง ย่อมเป็นที่แน่นอนและ รับรู้กันอยู่ทั่วไปว่ กฎหมายกับการเมืองมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดเพียงใด โดยนัยนี้ความเปลี่ยนแปลง ในทางการเมืองย่อมมีผลกระทบต่อกฎหมายเสมอ ทั้งในแง่เนื้อหาหรือการบังคับใช้กฎหมาย การเปลี่ยน แปลงอำนาจรัฐหรือสถาบันทางการเมือง หากกล่าวเฉพาะสังคมไทยแล้ว ย่อมมีทั้งวิถีทางปกติอันถูกต้องตาม ที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีนี้จึงไม่สู้จะมีปัญหามากนักต่อระบบกฎหมายทั้งหมด ด้วยเหตุที่แม้ผู้มีอำนาจรัฐ ใหม่หรือกรณีของรัฐบาลใหม่จะมีนโยบายในการปฏิรูป และเปลี่ยนแปลงสถาบันทางการเมืองหรือกฎหมาย เพียงใดก็ตาม กระบวนการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวก็ยังคงกระทำต่อไปโดยผ่านสถาบันทางการเมืองหรือ กฎหมายต่าง ๆ ขั้นตอน, กระบวนการ หรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายตามปกติ แต่สำหรับการเปลี่ยนแปลง อำนาจรัฐหรือสถาบันทางการเมืองโดยวิถีทางอันไม่ปกติ ซึ่งไม่เป็นไปตามครรลองแห่งกฎหมายหรือที่มักจะ เรียกกันว่ การปฏิวัติรัฐประหารนั้น การเปลี่ยนแปลงในกรณีนี้ต่างหากที่มักสร้างปัญหาหลาย ๆ ประการ ทางกฎหมายให้ต้องขบคิดกัน แม้ในทางรัฐศาสตร์หรือนิติศาสตร์จะได้มีการถกเถียงกันอยู่มากเกี่ยวกับรูป

¹⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การเปลี่ยนแปลงกฎหมายมหาชนและการพัฒนาและทิศทางกฎหมายมหาชนในประเทศไทย.

ศัพท์ คำว่า "ปฏิวัติ" "รัฐประหาร" หรือแม้แต่คำว่า "อภิวัฒน์"¹⁷ ก็ตาม แต่ในแง่ของความแตกต่างเรื่องวัตถุประสงค์และเป้าหมาย รวมทั้งขอบเขตและผลที่เกิดขึ้นภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงอำนาจรัฐ หรือสถาบันทางการเมืองโดยฉับพลันทันทีดังที่เรียกชื่อต่าง ๆ กันดังกล่าวมาแล้วต่างหากที่จะต้องมีการพิจารณากันไป

การเปลี่ยนแปลงอำนาจรัฐหรือสถาบันทางการเมืองและกฎหมาย ที่มีได้เป็นไปตามวิถีทางอันปกติของกฎหมายนี้ นอกเหนือจากปัญหาอันเกี่ยวกับการยอมรับในอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารแล้ว ประเด็นสำคัญทางทฤษฎีกฎหมายซึ่งยังคงเป็นข้อถกเถียงและโต้แย้งในทางนิติศาสตร์ยังคงปรากฏอยู่เสมอ ๆ โดยเหตุที่เมื่อมีการปฏิวัติรัฐประหาร โดยการใช้กำลังเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว สิ่งหนึ่งที่คณะปฏิวัติรัฐประหารมักกระทำเสมอในระหว่างหรือภายหลังจากความสำเร็จจากการก่อการดังกล่าวก็คือ การประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญและการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารขึ้น เพื่อบังคับใช้เป็นจำนวนมาก โดยที่มีได้ผ่านกระบวนการบัญญัติกฎหมายในกรณีปกติต่ออย่างใด ต่อการกระทำดังกล่าวแม้จะเป็นเรื่องในทางการเมืองโดยตรง หากแต่ในอีกมิติหนึ่งแล้ว ก็ได้สร้างประเด็นคำถามในเชิงนิติศาสตร์หรือปรัชญากฎหมายที่สำคัญอย่างน้อย 2 ประเด็น กล่าวคือ

ประเด็นแรก เมื่อรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดแห่งกฎหมายทั้งปวงภายในรัฐ ในการกำหนดเพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนี้เมื่อรัฐธรรมนูญในฐานะแห่งความเป็นกฎหมายมูลฐานหรือแม่บทแห่งกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงถูกยกเลิกแล้ว บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ที่เป็นกฎหมายลูกบทซึ่งตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจจากรัฐธรรมนูญแล้ว จะพลอยได้รับผลกระทบกระเทือนเพียงใดจากการนี้ และจะถือว่าสิ้นผลไปตามกฎหมายแม่บทหรือยังคงมีผลใช้บังคับได้เช่นเดิมโดยไม่เปลี่ยนแปลง

ประเด็นที่สอง สถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น ยังคงมีสภาพบังคับแห่งความเป็น "กฎหมาย" หรือไม่ ซึ่งจะพิจารณาถึงรายละเอียดในหัวข้อต่อไป

โดยเหตุที่วิทยานิพนธ์ในบทนี้ จะเป็นการศึกษาและวิเคราะห์ถึงการเปลี่ยนแปลงอำนาจรัฐหรือสถาบันทางการเมืองและกฎหมายโดยวิถีทางอันไม่ปกติ ซึ่งไม่เป็นไปตามครรลองแห่งกฎหมายหรือการเปลี่ยนแปลงโดยการปฏิวัติรัฐประหารเท่านั้น โดยการมุ่งศึกษาและวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการยกเลิกรัฐธรรมนูญต่อความสมบูรณ์ในระบบกฎหมายเป็นหลัก

ดังได้กล่าวมาบ้างแล้วว่าการพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิวัติรัฐประหารที่เกิดขึ้นในสังคมไทย เมื่อนำมาใช้ในการพิจารณาถึงปัญหาที่สืบเนื่องมาจากพื้นฐานทางทฤษฎีกฎหมาย ของหลักการมีผลใช้บังคับของกฎหมาย (principle of validity) ประกอบกับการพิจารณาเรื่องหลักความชอบด้วยกฎหมาย (principle of legitimacy) ซึ่งเป็นอรรถาธิบายว่าด้วยความสิ้นสุดของระบบกฎหมายโดยผลแห่งการปฏิวัติรัฐประหาร และว่าด้วยกำเนิดของระบบกฎหมายใหม่ โดยผลแห่งอำนาจปฏิวัติรัฐประหาร¹⁸ กล่าวสำหรับ

¹⁷ ปรีดี พนมยงค์, รวมเรื่องเขียนของปรีดี พนมยงค์ ใน ปรีดี พนมยงค์ กับสังคมไทย, กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528, หน้า 39-59.

¹⁸ อุดล วิเชียรเจริญ, "รอยต่างในทฤษฎีกฎหมายไทยของปรีดี พนมยงค์", ปีที่ 39, (มิถุนายน 2534) หน้า 62.

การพยายามกระทำการปฏิวัติรัฐประหารนั้น มักจะเป็นความผิดทางอาญาอย่างร้ายแรงตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ในทุกรัฐ หากแต่ผู้กระทำมักจะกล่าวอ้างสิทธิที่ตนจะทำการปฏิวัติรัฐประหาร และการกล่าวอ้างสิทธิเช่นนี้ จึงเป็นการกล่าวอ้างความชอบธรรม (legitimacy) ที่จะล้มล้างระบบกฎหมายและการเมืองเดิม และสถาปนาระบบกฎหมายและระบบการเมืองขึ้นใหม่¹⁹ ดังนั้นการลงมือทำการปฏิวัติรัฐประหารจึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในเบื้องต้น แต่ถ้ามการกระทำนั้นสามารถยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินจากรัฐบาลเดิมได้สำเร็จและคณะปฏิวัติรัฐประหารได้เข้าใช้อำนาจในฐานะรัฐชาติปัตย์แล้ว ความผิดตามกฎหมายขณะเมื่อลงมือกระทำการปฏิวัติรัฐประหารนั้น จะยังคงเป็นความผิดตามกฎหมายอีกต่อไปอีกหรือไม่ และปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปจึงมีอีกว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการนี้ จะยังคงมีผลใช้บังคับได้ต่อไปอีกหรือไม่ เช่นกัน และผลจากการนี้ บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหลายที่มีอยู่จะมีผลใช้บังคับอยู่ด้วยเช่นกันอีกหรือไม่ รวมตลอดทั้งปัญหาว่ากฎหมายที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจรัฐชาติปัตย์ที่ได้มาโดยการปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเป็นความผิดในเบื้องต้นเมื่อได้ลงมือกระทำการนั้น จะมีผลใช้บังคับในสถานะของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังเช่นกรณีปกติได้หรือไม่

ปัญหาสำคัญในแง่ทฤษฎีกฎหมาย ภายหลังจากการสถาปนาระบบการเมืองและกฎหมาย โดยคณะปฏิวัติรัฐประหารจึงอยู่ที่เรื่องความสมบูรณ์ของกฎหมาย (legal validity) จากการอธิบายลักษณะสากลของกฎหมาย ซึ่งมีอยู่ 2 ลักษณะ ตามแนวคิดของ ฮันส์ เคลเซน (Hans Kelsen) แล้ว เขาเห็นว่า ลักษณะแรกของกฎหมายก็คือ กฎหมายเป็นเรื่องการบังคับข่มขู่ (coercive) และลักษณะที่สองของกฎหมายก็คือ กฎหมายเป็นเรื่องระบบแห่งบรรทัดฐาน ซึ่งลักษณะที่สองนี้ นับเป็นสิ่งที่สำคัญยิ่งในทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Pure Theory of Law) เคลเซน ได้อธิบายว่าระบบกฎหมายย่อมเป็นระบบที่มีความสมบูรณ์ในตัวเอง (self-contained and self sufficient) และไม่ต้องอาศัยหลักการอื่นใดมาอธิบายอีก ในการนี้กฎหมายในฐานะที่เป็นระบบแห่งบรรทัดฐาน ซึ่งมีลำดับชั้นของบรรทัดฐานที่มีความสำคัญแตกต่างกัน โดยซ้อนเรียงกันเป็นชั้น ๆ (hierarchy) ที่เป็นระบบโดยบรรทัดฐานชั้นต่ำจะได้อำนาจและความสมบูรณ์มาจากบรรทัดฐานชั้นที่สูงขึ้นไปอีกตามลำดับ จนถึงบรรทัดฐานซึ่งเป็นชั้นสูงสุดและเป็นรากฐานแห่งกฎหมายทั้งปวง ซึ่งเคลเซนเรียกว่าบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (The Basic Norm)²⁰ บรรทัดฐานดังกล่าวแสดงออกได้หลายรูปแบบ อาทิเช่น รัฐธรรมนูญทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและจารีตประเพณี โดยมีลักษณะความสัมพันธ์แบบห่วงโซ่ บรรทัดฐานต่าง ๆ ที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายจึงมีความสมบูรณ์ต่อเนื่องกันเป็นลูกโซ่ไปจนถึงรัฐธรรมนูญ ดังนั้นการที่จะพิสูจน์ว่าบรรทัดฐานใดเป็นกฎหมายหรือไม่ จึงอยู่ที่การพิจารณาว่าบรรทัดฐานนั้นได้ตราขึ้นหรือบัญญัติขึ้นโดยมีบรรทัดฐานอื่นที่เหนือกว่า ให้อำนาจไว้หรือไม่นั่นเอง

¹⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายกับสถาบันการเมือง เอกสารการประชุมวิชาการกฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม พุทธศักราช 2528, หน้า 320.

²⁰ Hans, Kelsen. *General Theory of Law and State*. New York: Russell & Russell, 1973, p.111.

โดยนัยนี้ เมื่อมีการปฏิวัติรัฐประหารสำเร็จแล้วก็มักจะมีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญเดิม ซึ่งเป็นกฎหมายรากฐานของระบบการเมืองและระบบกฎหมายนั้น ๆ และมีการบัญญัติกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ ก็จะได้เห็นได้ว่าความมีผลใช้บังคับได้จริงของรัฐธรรมนูญเดิมหมดไปโดยสิ้นเชิง และความมีผลใช้บังคับได้จริงของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่คณะปฏิวัติรัฐประหารตราขึ้นใหม่ก็จะเข้ามาแทนที่ เพราะศาลและผู้ใช้กฎหมายทั้งหลาย ยอมรับบังคับให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายใหม่ที่ตราขึ้นโดยคณะปฏิวัติรัฐประหารซึ่งปกครองประเทศ และมีฐานะเป็นเพียงรัฐบาลโดยข้อเท็จจริงเองก็อยู่ในฐานะเดียวกับกฎหมายนั่นเอง กล่าวคือ เมื่อต้นสามารถปกครองประเทศได้จริงจัง ตนก็จะกลายเป็นรัฐบาลตามกฎหมายแทนรัฐบาลเก่าที่พ้นอำนาจไป²¹ ดังนั้นเมื่อระบบกฎหมายที่มีอยู่เดิมถูกล้มล้างไป และมีระบบใหม่เข้ามาแทนที่โดยวิถีทางอันมิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งได้แก่ การปฏิวัติรัฐประหาร บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลายทั้งปวงที่ใช้บังคับอยู่ในระบบเดิม ก็มีผลเป็นอันสิ้นสภาพบังคับทั้งในทางข้อเท็จจริง (พฤตินัย) และในทางกฎหมาย (นิตินัย) แต่อย่างไรก็ตาม บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมายต่าง ๆ ที่มีมาแต่เดิม จะยังคงมีสภาพบังคับใช้ได้ต่อไป (ยกเว้นแต่เพียงรัฐธรรมนูญ และกฎหมายฉบับที่มีความสำคัญในทางการเมือง) ก็ด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายใหม่ได้รับช่วงเอาบรรดาบทกฎหมายเหล่านั้น จากระบบกฎหมายเดิมให้มีผลบังคับใช้ได้ ภายใต้อำนาจแห่งระบบกฎหมายใหม่ ซึ่งมีสาเหตุที่บรรดาบทกฎหมายเหล่านั้นมีสภาพบังคับได้ต่อไปก็ด้วยเหตุแห่งอำนาจ ภายใต้ระบบกฎหมายเดิมซึ่งถูกล้มเลิกไปแล้ว

อย่างไรก็ตาม เกี่ยวกับข้อพิจารณาในปัญหาเรื่องการยกเลิกรัฐธรรมนูญของคณะปฏิวัติรัฐประหารกับผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในระบบกฎหมายนั้น ต่อคำถามในเชิงทฤษฎีกฎหมายดังกล่าวนี้ อาจแยกแนวคำตอบต่อคำถามข้างต้นได้เป็น 3 แนวคิดด้วยกัน กล่าวคือ²²

1. แนวคิดแรกที่ว่า เมื่อมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญภายหลังจากการปฏิวัติรัฐประหาร โดยคณะปฏิวัติรัฐประหารซึ่งกระทำการสำเร็จแล้ว ย่อมมีผลให้ระบบกฎหมายเดิมทั้งระบบสิ้นสภาพลงโดยอัตโนมัติหากจำเป็นต้องมีการประกาศยกเลิก²³ และพร้อมกันนี้ก็ทำให้ความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายในระบบกฎหมายเดิม ก่อนการปฏิวัติรัฐประหารสิ้นสภาพลงเช่นเดียวกัน (Theory of Legal Discontinuity) กล่าวคือ การล้มเลิกรัฐธรรมนูญโดยการใช้กำลังของคณะปฏิวัติรัฐประหารในกรณีนี้ ย่อมทำให้บรรดาบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่สิ้นสภาพ และความสมบูรณ์ลงในทันที ทั้งนี้ เนื่องจากถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของระบบกฎหมายเดิมนั้นถูกล้มเลิกไปโดยผลแห่งการปฏิวัติรัฐประหารนั้น และหากกฎหมายส่วนใหญ่ในระบบเดิมยังคงใช้บังคับต่อเนื่องมาภายหลังจากการปฏิวัติรัฐประหาร และภายหลังจากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญใหม่ซึ่ง

²¹ บรรลือศักดิ์ สุวรรณโพธิ์, กฎหมายกับสถานการณ์การเมือง เศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศไทยกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม พจนานุกรม หน้า 323.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 326.

²³ เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

วางรากฐานของระบบกฎหมายใหม่ ก็ด้วยเหตุที่ระบบกฎหมายใหม่ได้ยอมรับให้กฎหมายของระบบเดิมยังคงมีผลเป็นกฎหมายที่ใช้ได้จริง (effective) ในระบบกฎหมายใหม่

ประเด็นที่น่าพิจารณามากก็คือ การสิ้นสภาพความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายดังกล่าวนี้ ไม่มีผลย้อนหลัง โดยเหตุที่การก่อการปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งถือเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาหรือความผิดต่อความมั่นคงของรัฐ จึงยังคงเป็นความผิดตามกฎหมายอยู่นั่นเอง ซึ่งในทางทฤษฎีกฎหมายแล้วความผิดต่อความมั่นคงของรัฐดังกล่าวของคณะปฏิวัติรัฐประหาร จะสิ้นสุดลงก็ต่อเมื่อคณะปฏิวัติรัฐประหารได้ก่อตั้งหรือสร้างระบบกฎหมายขึ้นสำเร็จ และอาศัยอำนาจจากระบบกฎหมายใหม่นั้น ตรากฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ตัวเอง น่าสนใจที่ว่าความสามารถในการก่อตั้งหรือสร้างระบบกฎหมายขึ้นใหม่ตามแนวทฤษฎีของเคลเสน (Kelsen) อิงอยู่กับหลักในเรื่องความมีประสิทธิภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับได้อย่างจริงจัง (The Principle of Effectiveness) กล่าวคือ คณะปฏิวัติรัฐประหารเมื่อสามารถยึดอำนาจรัฐได้อย่างสิ้นเชิงแล้ว โดยสามารถกำจัดพลังต่อต้านอย่างอื่น รวมทั้งประชาชนทั่วไปได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามคำสั่งต่าง ๆ ของคณะปฏิวัติรัฐประหารแล้ว เคลเสนถือว่าสิ่งที่เป็นบรรทัดฐานขั้นมูลฐาน (Basic Norm) ซึ่งเป็นแม่บทของบรรทัดฐานที่จะกำหนดความสมบูรณ์ของบรรทัดฐานทางกฎหมายอื่น ๆ ได้ถือกำเนิดขึ้นเมื่อกครั้งหนึ่ง ซึ่งเคลเสนได้กล่าวต่อไปอีกว่า รัฐและระบบกฎหมายของรัฐยังคงมีอยู่ต่อไปหรือมีผลเช่นเดิม ตราบเท่าที่รัฐธรรมนูญไม่ถูกกระทบกระเทือน หรือถ้าถูกเปลี่ยนแปลงก็ถูกเปลี่ยนแปลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ²⁴ ตามทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ของเขานั่นเอง

เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวคิดดังกล่าวได้รับการยอมรับในทางปฏิบัติจากศาลของหลาย ๆ ประเทศ อาทิเช่น คำพิพากษาของศาลฎีกาเยอรมัน ภายหลังจากการปฏิวัติของเยอรมัน เมื่อปี ค.ศ.1918 หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง,²⁵ ศาลฎีกาของปากีสถาน ปี ค.ศ.1959, ศาลสูงสุดของอุกันดา ปี ค.ศ.1966, ศาลอุทธรณ์ของโรดิเชีย ปี ค.ศ.1968²⁶ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติคณะปฏิวัติรัฐประหารก็อาจจะออกประกาศหรือคำสั่งให้คงการใช้กฎหมายเดิม หรือยอมรับความสมบูรณ์ของระบบกฎหมายเดิมต่อไป

2. แนวคิดที่สองที่ว่า การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติรัฐประหารซึ่งเป็นการใช้กำลังโดยมิชอบนั้น ไม่มีผลต่อระบบกฎหมายของรัฐหรือความสมบูรณ์ของกฎหมายอื่น ๆ ในระบบกฎหมายเดิม และหากจะมีการเปลี่ยนแปลงก็จะต้องมาจากประกาศหรือคำสั่งของรัฐบาลสมัยใหม่ กล่าวคือ คณะปฏิวัติรัฐประหารนั่นเองต้องสั่งให้ยกเลิกเพิกถอนบรรดากฎหมายเดิมที่มีผลใช้บังคับอยู่ ทั้งนี้ เนื่องจากถือว่าการปฏิวัติรัฐประหารนั้น เป็นแต่เพียงการเปลี่ยนตัวของรัฐบาลสมัยใหม่เท่านั้น แต่หาผลเป็นการเปลี่ยนแปลงระบบกฎหมายไม่ ซึ่งตามแนวคิดของ โจเซฟ ราซ (Joseph Raz) เขาเห็นว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดเงื่อนไข และความสมบูรณ์ของกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับ เช่นนี้บรรดากฎหมายใด ๆ ที่ถูกตราขึ้น

²⁴ Hans, Kelsen, General Theory of Law and State, p.117.
²⁵ บันทึกกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2498 ซึ่งเขียนโดย ศ.ดร.มยุต แสงสุโขทัย.
²⁶ รองพล เจริญทัศน์, นิธิปรีชญา, กรุงเทพฯ:มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2528, หน้า 73.

แล้ว เมื่อตรงตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ กฎหมายนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ในตัวมันเองโดยสิ้นเชิง ซึ่งมีได้ผูกติดความสัมพันธ์ของมันอยู่กับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทอีกต่อไป ดังนั้นการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายลูกบทถัดไป ย่อมไม่มีผลกระทบต่อกฎหมายลูกบทที่ยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ และด้วยเหตุนี้ ความเปลี่ยนแปลงเพียงประการเดียวที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีการยกเลิกเพิกถอนกฎหมายแม่บท จึงมีแต่เพียงการทำลายอำนาจของกฎหมายนั้น ๆ ในการให้กำเนิดกฎหมายลูกบทฉบับใหม่เท่านั้น²⁷ ผลจึงกลายเป็นว่าความสมบูรณ์ของกฎหมายลูกบทต้องอาศัยการเกิดจากกฎหมายแม่บท อย่างไรก็ตาม การเกิดขึ้นดังกล่าวก็เป็นแต่เพียงการขึ้นตรงต่อเฉพาะในขณะที่ยังคงมีกฎหมายลูกบทขึ้นมาเท่านั้น หากความสมบูรณ์ของกฎหมายลูกบท จะต้องขึ้นอยู่กับการดำรงอยู่โดยตลอดเวลาของกฎหมายแม่บทนั้น ๆ ไม้

3. แนวคิดที่สามที่ว่า การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติรัฐประหารนั้น มีผลต่อรัฐธรรมนูญเฉพาะแต่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเมืองเท่านั้น ด้วยเหตุที่คณะปฏิวัติรัฐประหารไม่เคารพกติกาเดิมในส่วนนี้จึงสิ้นผลบังคับใช้ไปโดยสิ้นเชิง โดยที่บทบัญญัติในส่วนอื่น ๆ ที่มีได้เกี่ยวพันกับการเมืองยังคงมีผลบังคับใช้เช่นเดิม แต่บทบัญญัติในส่วนดังกล่าวก็จะลดศักดิ์จากรัฐธรรมนูญลงมาเป็นเพียงกฎหมายธรรมดา ทฤษฎีนี้ไม่มีชื่อเรียกว่า การสิ้นความเป็นรัฐธรรมนูญโดยผลแห่งการปฏิวัติรัฐประหาร²⁸

กล่าวสำหรับประเทศไทยแล้ว แนวคิดและแนวปฏิบัติเกี่ยวกับกรณีปัญหาเรื่อง การยกเลิกรัฐธรรมนูญของคณะปฏิวัติรัฐประหารกับผลกระทบต่อความสมบูรณ์ในระบบกฎหมาย ก่อนข้างจะอิงอยู่กับแนวคิดกรณีที่สองเป็นสำคัญ โดยอาจสืบค้นหลักฐานแนวคิดและแนวปฏิบัติได้จากคำพิพากษาของศาลฎีกาหลาย ๆ ฉบับด้วยกัน ซึ่งปรากฏว่ากรณีที่มีการปฏิวัติรัฐประหารกระทำลงสำเร็จแล้ว ศาลฎีกาก็ว่า แม้จะมีการยกเลิกกฎหมายรัฐธรรมนูญไปแล้ว แต่กฎหมายในระบบเดิมก็ยังคงมีผลบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์อยู่ เว้นแต่จะมีประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารออกมายกเลิกกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ดังปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 คดีระหว่าง นายทองเย็น หลีละเมียร โจทก์ กับกระทรวงการคลัง โดย ม.ล. วิวัฒน์ชัย ชัยยันต์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง จำเลย ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ได้ความว่า โจทก์ฟ้องและยื่นคำร้องเพิ่มเติมว่า จำเลยที่ 2 เป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้สั่งปลดโจทก์ ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นปลัดกระทรวงการคลังและเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญชั้นพิเศษ ออกจากราชการตามคำสั่งของกระทรวงการคลังที่ 472/2490 โดยไม่มีบาเหน็จบำนาญ ทั้งนี้โดยจำเลยที่ 2 ไม่มีอำนาจหน้าที่จะปลดโจทก์ออกจากราชการได้ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2490 ซึ่งใช้อยู่ในขณะที่จำเลยที่ 2 ได้รับการแต่งตั้งเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังนั้น ไม่มีทางที่จะถือว่าเป็นกฎหมายได้

²⁷ Joseph, Raz. *The concept of a Legal System*. Oxford:Clarendon Press, 1978, p.117.

²⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. *กฎหมายกับสถานการณ์การเมือง* เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา. กรุงเทพฯ:สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ๒๕๕๓. ๑-๗.

อย่างไรก็ตาม จำเลยได้ให้การต่อสู้ในประเด็นนี้ว่า จำเลยที่ 2 เข้าเป็นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังโดยกระแสพระบรมราชโองการ และรัฐสภาได้ให้ความไว้วางใจโดยชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว การที่โจทก์เข้าใจว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2490 ไม่มีทางที่จะถือเป็นกฎหมายได้นั้น เป็นความเข้าใจผิดของโจทก์ เพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้เกิดขึ้นโดยคณะรัฐประหารได้ทำการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองประเทศเป็นผลสำเร็จ และได้นำความกราบบังคมทูลให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2489 นั้น จึงได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้เลิกใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว และให้ใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2490 แทนสืบไป ในที่สุดศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาคดีในประเด็นข้างต้น ดังนี้

“ใน ปีพ.ศ.2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิก และออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติ เพื่อบริหารประเทศชาติต่อไปได้ มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งอยู่ด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์...”

แต่ที่น่าสนใจก็คือ การขยายความเชิงความคิดทางกฎหมาย ในบันทึกท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ซึ่งเขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ดังนี้

“คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นตัวอย่างอันดีที่จะพิจารณาว่าศาลยุติธรรมจำต้องรับรองผลของการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ซึ่งทำได้สำเร็จและผู้กระทำได้กลายเป็นผู้มีอำนาจอันแท้จริงในรัฐอย่างแน่นอน โดยที่การรัฐประหาร เมื่อพ.ศ.2490 มีลักษณะอย่างเดียวกับการปฏิวัติของเยอรมัน ค.ศ.1918 หลังสงครามโลกคราวแรก ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสนี้แปลคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เพื่อเป็นการเทียบเคียงดังต่อไปนี้ในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันเล่ม 99 หน้า 287 ศาลฎีกาเยอรมันได้กล่าวว่า “กฎหมายนี้ (คือกฎหมายที่รัฐบาลของคณะปฏิวัติได้ออก) ย่อมเป็นอันสมบูรณ์และมีผลผูกพันทางกฎหมาย เพราะแม้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นโดยการปฏิวัติอันใช้กำลังก็ดี แต่ก็สามารถยื่นหยัดฐานะอันทรงอำนาจของตนไว้ได้ ฉะนั้นในทางรัฐธรรมนูญจึงต้องยอมรับอำนาจของรัฐบาลดังกล่าว” (คืออำนาจในการออกกฎหมาย) นอกจากนี้ในคำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมัน เล่ม 100 หน้า 27 ศาลฎีกาเยอรมันยังได้กล่าวว่า อำนาจของรัฐบาลใหม่อันเกิด

ขึ้นโดยการปฏิวัตินี้ ในทางรัฐธรรมนูญจะปฏิเสธไม่ยอมรับรองหา
 ได้ไม่ เพราะการผิดต่อกฎหมายในการก่อให้เกิดการปฏิวัติขึ้นนั้น
 หาเป็นการขัดแย้งกับอำนาจนั้นแต่ประการใดไม่ เพราะการชอบด้วย
 กฎหมายแห่งการก่อให้เกิดขึ้น ย่อมไม่ใช่คุณลักษณะ อันเป็นสาร
 สำคัญของอำนาจของรัฐอย่างใดเลย รัฐไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยปราศ
 จากอำนาจของรัฐทันทีที่อำนาจเก่าได้ถูกขจัดให้หมดไป ทันใดนั้น
 อำนาจใหม่ซึ่งสามารถทำการได้สำเร็จ ย่อมเข้ามาแทนที่อำนาจเก่า
 วิถีทางแห่งการปฏิวัติได้แสดงด้วยว่า อำนาจใหม่ได้เกิดขึ้นอย่างผู้
 ครอบครองรัฐภายหลังที่อำนาจเก่าได้ถูกทำลายลงไปแล้ว และยัง
 ดำรงคงอยู่ในการคลี่คลายจัดสรรอย่างมั่นคง ฉะนั้นรัฐบาลใหม่จึงมี
 อำนาจออกกฎหมาย (ได้)....

คำพิพากษาศาลฎีกาเยอรมันที่แปลมาข้างบนนี้แสดงว่า การปฏิวัติหรือ
 รัฐประหารนั้นในครั้งแรกเป็นการผิดกฎหมาย แต่เมื่อใดผู้กระทำการ
 ปฏิวัติหรือรัฐประหารจนสำเร็จบริบูรณ์ กล่าวคือ สามารถยับยัด
 อำนาจอันแท้จริงของตนได้ โดยปราบปรามอำนาจของรัฐบาลเก่า
 หรือกลุ่มของบุคคลที่ต่อต้านแพ้ราบคาบไปแล้ว ก็เป็นรัฐอธิปไตยมี
 อำนาจสูงสุดในรัฐ ฉะนั้นจึงอยู่ในฐานะที่จะให้รัฐธรรมนูญใหม่
 และยกเลิกกฎหมายเดิมบัญญัติกฎหมายใหม่ตามชอบใจในคดีเรื่อง
 นี้ปรากฏว่าเมื่อมีการรัฐประหารสำเร็จแล้ว ก็ประกาศใช้รัฐธรรมนูญ
 ฉบับชั่วคราว พ.ศ.2490 ขึ้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวย่อมใช้ได้ใ
 ฐานะเป็นรัฐธรรมนูญอันแท้จริงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่ง
 แต่งตั้งโดยอาศัยรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว จึงเป็นรัฐมนตรีที่สมบูรณ์
 ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายต่าง ๆ นั้น กฎหมายใดที่รัฐประหารไม่
 ยกเลิกเสียก่อน ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว กฎหมายนั้น
 ก็ยังใช้ได้ต่อไป...."

และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ซึ่งวินิจฉัยสถานะทางกฎหมายของคณะปฏิวัติรัฐ
 ประหาร ในปี พ.ศ.2501 ดังนี้

"เมื่อ ใน พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครอง
 ประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิเวทย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจ
 ปกครองบ้านเมือง ข้อความใด ที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับ
 ประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรง

ตราออกมาด้วยคำแนะนำ และยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภา

นิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ดังนัยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496....”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า แนวทางในการตีความของศาลฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรสูงสุดทางตุลาการของ ไทยได้ยึดถือในเรื่อง การได้อำนาจรัฐอธิปไตยเป็นเกณฑ์สำคัญในการตัดสินความชอบธรรมในตัวของคณะ ปฏิวัติรัฐประหาร และถือเป็นเกณฑ์สำคัญประการต่อมาในการชี้ให้เห็นถึงอำนาจในการตรากฎหมายต่าง ๆ ซึ่งจากลักษณะการให้เหตุผลที่ได้ถือในเรื่องอำนาจของรัฐอธิปไตยเป็นปัจจัยสำคัญสูงสุด ในการบัญญัติ กฎหมายดังกล่าว จึงสะท้อนให้เห็นถึงอิทธิพลของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเป็นเกณฑ์ในการตีความ ซึ่ง ก้ำกับและแทรกซึมอยู่เบื้องหลังการให้เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวนั่นเอง

3. สถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร

โดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทย ได้ยอมรับในอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารว่าเป็น รัฐอธิปไตย และประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารก็มีสถานะเป็นกฎหมาย ซึ่งได้รับการยอมรับและมีผลบังคับใช้กันอย่างถาวร ทั้งโดยนักนิติศาสตร์ และศาลนั้น²⁹

การพิจารณาว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารว่า มีสถานะแห่งความเป็น กฎหมายหรือไม่นั้น นับเป็นเรื่องที่มีความสำคัญยิ่งในเชิงทฤษฎีกฎหมาย โดยเฉพาะการพิจารณาที่เป็นไป ภายใต้อำนาจของสังคมนิยมแบบไทย ๆ ที่มีปัญหาในเรื่องการปฏิวัติรัฐประหารอยู่เนือง ๆ และบ่อยครั้ง มาก นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี พ.ศ.2475 เป็นต้นมา สำหรับความพยายามหาคำตอบ ต่อคำถามในเรื่องนี้ คงจะต้องมีการตีกรอบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีลักษณะเป็น การวางบรรทัดฐานความประพฤติปฏิบัติหรือประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่กำหนดให้สมาชิก ในสังคมทั่วไปต้องปฏิบัติตาม โดยการแยกประกาศหรือคำสั่งที่ในหลาย ๆ กรณี เป็นแต่เพียงเรื่องนโยบาย แลกเปลี่ยนเพื่อทราบ หรือประกาศหรือคำสั่งในทางบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งเห็นได้อย่างชัดเจนว่า โดยตัว ของมันเองแล้ว มิใช่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นกฎหมาย อาทิเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 (พ.ศ.2515) เรื่องสมเด็จพระสังฆราชสกลมหาสังฆปริณายก สิ้นพระชนม์ เป็นต้น เช่นนี้แล้วการพิจารณา ถึงสถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารในสังคมไทย แม้จะวางอยู่บนแนวคิด ของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองเป็นหลักก็ตาม แต่ยังคงสามารถแยกนัยแห่งการพิจารณาได้เป็น 2 แนว คิดด้วยกัน กล่าวคือ

²⁹ บารักด์ อูวาร์ธโน. กฎหมายมหาชน : กอสมงแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และฟ้องการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 240.

แนวคิดแรก เป็นแนวคิดที่ถือว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมีสถานะแห่งความเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ โดยมีแนวคิดที่ผูกติดอยู่กับอำนาจของรัฐาธิปัตย์ กล่าวคือ เมื่อคณะปฏิวัติรัฐประหารกระทำการสำเร็จ ก็ย่อมถือได้ว่าคณะปฏิวัติรัฐประหารเป็นองค์อธิปัตย์ ซึ่งมีอำนาจในการออกกฎหมายโดยชอบธรรม ด้วยแนวคิดที่เชื่อว่า ความสำเร็จของการปฏิวัติรัฐประหารที่ดำรงอยู่ และข้อเท็จจริงที่ปราศจากการต่อต้านจากฝ่ายตรงข้าม หรือประชาชนให้การยอมรับและสนับสนุน เช่นนี้ย่อมเป็นเครื่องชี้ความชอบธรรมของคณะปฏิวัติรัฐประหารในการล้มล้างระบอบเก่า ตลอดจนความชอบธรรมในการสถาปนาระบอบใหม่ ด้วยความชอบธรรมเช่นนี้เอง จึงเป็นเหตุผลล้มล้างความผิดของคณะปฏิวัติรัฐประหารในการกระทำที่เป็นความผิดกฎหมายเมื่อเริ่มลงมือกระทำการปฏิวัติรัฐประหาร และกรณีที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ เป็นเหตุผล ในการรองรับความสมบูรณ์ทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่จะมีต่อมา ประกอบกับความจำเป็นและเหตุผลในทางรัฐศาสตร์หรือการปกครอง ในขณะที่ที่อำนาจของรัฐใหม่ ยังต้องมีอำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารต่าง ๆ ซึ่งมีสถานะแห่งความเป็นกฎหมาย โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย, ความมั่นคงของรัฐ และความต่อเนื่องในการบริหารราชการแผ่นดิน³⁰

การพิจารณาสถานะทางกฎหมาย ของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารในแนวคิดแรกนี้ ได้รับการยอมรับโดยการตีความขององค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมของไทย ดังปรากฏให้เห็นในคำพิพากษาศาลฎีกาหลายต่อหลายฉบับ นับตั้งแต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น นอกจากนี้ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ได้อวินิจฉัยในแนวเดียวกันต่อมาอีก อาทิเช่น

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1234/2523 “แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยออกประกาศใช้แล้วก็ตาม แต่ก็หาได้มีกฎหมายยกเลิกประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติหรือคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ประกาศหรือคำสั่งนั้น จึงยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่”

นอกเหนือจากการยอมรับว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมีสถานะแห่งความเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์ จากแนวการตีความขององค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรมแล้ว ยังได้มีการตีความซึ่งมีลักษณะเป็นไปในแนวทางที่สอดคล้องกันเป็นอย่างดีกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวก็คือ แนวการวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต.1/2513³¹ และคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา³² เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งถือว่าการวินิจฉัยโดยสถาบันทางกฎหมายชั้นสูงของไทยได้มีการยอมรับว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมีสถานะแห่งความเป็นกฎหมายโดยสมบูรณ์

³⁰ วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุภาอักษรพิมพ์, 2530, หน้า 378-379.

³¹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ ต.1/2513.

³² วิชาญ เครื่องงาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, หน้า 768-769.

แนวคิดที่สอง เป็นแนวคิดที่ถือว่าการปฏิวัติรัฐประหารเป็นการทำลายระบบกฎหมายเดิมลงโดยสิ้นเชิง เช่นนี้เอง ในระหว่างที่คณะปฏิวัติรัฐประหารยังมิได้มีการจัดตั้งระบบกฎหมายขึ้นใหม่ บรรดาประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร จึงมิใช่กฎหมายที่มีความสมบูรณ์อยู่โดยตัวของมันเอง แต่มีลักษณะเป็นประกาศหรือคำสั่งในสภาวะการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งในช่วงมิติแห่งเวลานั้นเองจึงอาจกล่าวได้ว่าเกิดสภาพไร้กฎหมายขึ้น (legal vacuum) ผลจากการนี้ เพื่อเป็นการกลับเข้าสู่สภาวะการปกติให้เร็วที่สุด ซึ่งคณะปฏิวัติรัฐประหารจะกระทำได้อีกคือ การก่อตั้งระบบกฎหมายของรัฐขึ้นมาใหม่ และมีผลสำเร็จโดยอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารซึ่งแสดงออกในรูปของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่กำหนดเป็นแนวปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ ได้รับการยอมรับและถือปฏิบัติตามอย่างต่อเนื่องหรืออย่างมีประสิทธิภาพจากประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ และภายหลังจากการนี้ คณะปฏิวัติรัฐประหารจึงต้องตรากฎหมายนิรโทษกรรมให้แก่ตัวเอง และตรากฎหมายขึ้นมากเพื่อรับรองผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ได้กระทำไปก่อนมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่และก่อนมีรัฐบาล โดยให้ถือว่าบรรดาประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนี้ เป็นกฎหมายที่สมบูรณ์ กล่าวคือ ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวนั้น ชอบด้วยกฎหมาย³³ หรือชอบด้วยรัฐธรรมนูญ³⁴ เสมอ ๆ

อย่างไรก็ตาม การยอมให้คณะปฏิวัติรัฐประหารออกกฎหมายรับรองประกาศหรือคำสั่งของตัวเอง ย่อมเท่ากับเป็นการรับรองว่า คณะปฏิวัติรัฐประหารและสถาบันหรือกฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นสิ่งเดียวกันในตัวเอง หรือคณะปฏิวัติรัฐประหารในฐานะองค์อธิปัตย์สามารถที่จะใช้อำนาจเชิงนิติบัญญัติของตนเองได้โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการหรือการเชื่อมต่อกับสถาบันอื่นใดเลย กล่าวในแง่นี้จะเห็นได้ว่า กฎหมายที่รับรองความสมบูรณ์ของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น มักปรากฏในรูปของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรฉบับต่าง ๆ ซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายแม่บทที่คณะปฏิวัติรัฐประหารเป็นผู้ประกาศขึ้นใช้เองทั้งสิ้น และโดยอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารล้วน ๆ เช่นเดียวกัน และซึ่งมิได้ผ่านการลงประชามติหรือผ่านสถาบันหรือกระบวนการทางนิติบัญญัติภายใต้ระบอบประชาธิปไตยแต่อย่างใด แนวการตีความเช่นนี้เอง จึงเปรียบเสมือนการเปิดช่องว่างระหว่างรอยต่อเรื่องอำนาจกับความเป็นธรรม ซึ่งได้พยายามเชื่อมต่อในเรื่องของการใช้อำนาจของรัฐอธิปัตย์ในการออกกฎหมายกับเรื่องสถาบัน ขั้นตอน หรือกฎเกณฑ์การใช้อำนาจที่เป็นธรรม ในฐานะเงื่อนไขสำคัญของการควบคุมการใช้อำนาจ

อนึ่ง เป็นที่น่าสังเกตว่า แนวคิดที่สวนทางกันระหว่างประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารกับกระบวนการที่ชอบธรรมของการใช้อำนาจออกกฎหมาย หรือรับรองประกาศหรือคำสั่งนั้น ๆ เพื่อให้มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย จึงเป็นเงื่อนไขสำคัญที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ต่อสถานะแห่งความเป็นกฎหมาย

³³ ปรกตธรรมนูญการปกครองฯ 2515 มาตรา 21, ธรรมนูญการปกครองฯ 2520 มาตรา 32, รัฐธรรมนูญฯ 2519 มาตรา 29 และธรรมนูญการปกครองฯ 2534 มาตรา 32.

³⁴ ปรกตรัฐธรรมนูญฯ 2534 มาตรา 222. และปรกตตรรกะเบียดเบียนกับผลทางกฎหมายในกรณีนี้ได้ใน บรรณศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน : กายแม่แยกกฎหมายมหาชน-เนกรน และพื่อนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. หน้า 235-239.

ของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร โดยเฉพาะอย่างยิ่งประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่หลาย ๆ ฉบับมีเนื้อหาในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจน ต่อปัญหาการวิพากษ์วิจารณ์ดังกล่าว ได้มีผู้แสดงความความคิดเห็นไว้ทั้งจากนักนิติศาสตร์และนักรัฐศาสตร์หลายท่าน ในแง่มติแห่งเงื่อนไขในการบังคับใช้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร อาทิเช่น ความเห็นของอดีตอัยการระดับสูงท่านอาจารย์พนัส ทัศนียานนท์ ซึ่งท่านได้นำเสนอแนวคิด ดังนี้คือ³⁶

การเสนอให้ศาลสูงสุดเป็นผู้วางเงื่อนไข กำหนดให้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย เฉพาะภายในช่วงเวลาในประเทศ อยู่ภายใต้การปกครองแบบปฏิวัติหรือรัฐประหารเท่านั้น โดยเมื่อบ้านเมืองกลับคืนสู่สภาวะปกติแล้ว ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนจะต้องสิ้นผลไปทันที

ข้อสังเกตดังกล่าว กลับสอดคล้องกันเป็นอย่างดีกับทัศนะของนักนิติศาสตร์ท่านสำคัญอีกท่านหนึ่งคือ ท่านศาสตราจารย์ ดร.อดุล วิเชียรเจริญ ซึ่งท่านเห็นว่า³⁶

“การใช้อำนาจของคณะรัฐประหารทางนิติบัญญัติในรูปของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น มีเป็นอันมาก แต่โดยหลักเหตุผลทางนิติศาสตร์น่าจะได้อธิบายว่าประกาศและคำสั่งเหล่านั้น มีสภาพบังคับเฉพาะกาล ในช่วงเวลาที่ยังมิได้มีพระบรมราชโองการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเท่านั้น มิใช่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายมีฐานะศักดิ์เท่าเทียมกับพระราชบัญญัติ”

นอกจากนี้ ท่านยังได้แสดงความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า

“การยอมรับสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญ ซึ่งสืบเนื่องจากรัฐประหาร แต่ในขณะที่เดียวกันเห็นไม่ควรรับสภาพบังคับของประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติรัฐประหารเป็นกฎหมายตลอดไป ในฐานะที่เท่าเทียมพระราชบัญญัตินั้น มิใช่เป็นข้อคิดที่ขัดแย้งกันแต่อย่างใด ทั้งในทางทฤษฎีและในหลักเหตุผล เพราะสองเรื่องนี้ต่างกัน กล่าวโดยสรุปความขัดแย้ง คือ คณะรัฐประหาร ย่อมมีอำนาจตรารัฐธรรมนูญใหม่แทนรัฐธรรมนูญที่ยกเลิกไป เนื่องจากการอันจำเป็นที่ต้องทำต่อไป เพื่อให้การทำรัฐประหารสำเร็จผลตามความมุ่งหมายอีกทั้งได้ตราเป็นกฎหมายโดยมีพระบรมราชโองการอันเป็น

³⁶ ปรอตู พนัส ทัศนียานนท์. “สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของชาวไทย” *นิติศาสตร์*, ปีที่ 11, (2523) หน้า 449.

³⁶ ปรอตู อดุล วิเชียรเจริญ. “รอยต่างในทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทย” *รัฐศาสตร์*, ปีที่ 39, (มิถุนายน 2534) หน้า 70.

นิติประเพณี แต่การใช้อำนาจออกกฎหมายเสียเองในเรื่องต่าง ๆ อันไม่จำเป็นแก่การให้บ้านเมืองกลับคืนสู่สภาพปกติ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญและจัดตั้งรัฐบาลใหม่นั้น เป็นการฉวยโอกาสใช้อำนาจเผด็จการจึงเป็นการอันไม่ชอบธรรม การยอมรับให้ประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิวัติรัฐประหารมีผลเป็นกฎหมายตลอดไป จึงมีผลช่วยส่งเสริมความไม่ชอบธรรมและไม่เกื้อกูลต่อระบอบประชาธิปไตย หรือการตั้งข้อสังเกตของท่านอาจารย์ นิยม ตีฏาทนนท์ อดีตผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาล

ฎีกาที่ว่า³⁷

กฎหมายที่พวกปฏิวัติพวกปฏิรูปที่ขอยึดอำนาจการปกครองที่ชอบธรรมมา แล้วประกาศใช้กฎหมาย โดยไม่มีพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์นั้น "เป็นโมฆะ" เพราะขัดกับประเพณีการปกครองแผ่นดินของประเทศไทย... ในสมัยราชาธิปไตย ซึ่งมีพระเจ้าแผ่นดินเป็นผู้ทรงอำนาจธิปไตยทั้งสามคือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ ตั้งแต่ครั้งกรุงสุโขทัยเป็นราชธานีเป็นต้นมา จนถึงก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ยุคนั้นพระเจ้าแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจประกาศใช้กฎหมายทุกฉบับ ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อวันที่ 24 มิถุนายน 2475 แล้ว พระเจ้าแผ่นดินก็ยังทรงใช้อำนาจธิปไตยอยู่ โดยใช้อำนาจนิติบัญญัติผ่านทางสภาใช้อำนาจบริหารผ่านทางรัฐบาล และใช้อำนาจตุลาการผ่านทางศาล แต่ไม่ต้องรับผิดชอบในการใช้อำนาจนั้นโดยมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการเป็นผู้รับผิดชอบแทน" และในขณะเดียวกัน ท่านยังได้แสดงความเห็นเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อจำกัดของคณะปฏิวัติรัฐประหารในการตรวจบัญญัติแห่งกฎหมายอีกด้วยว่า

กฎหมายทุกฉบับที่ประกาศใช้ในระบอบประชาธิปไตยนั้น ประกาศใช้ในนามของพระเจ้าแผ่นดิน" โดยมีผู้รับสนองพระบรมราชโองการลงนามในตอนท้ายของพระราชบัญญัติ... ฉะนั้น เมื่อบุคคลใดหรือคณะใดก็ตาม เมื่อเห็นว่ารัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจธิปไตยไม่สมควรที่จะบริหาร หรือปกครองแผ่นดินต่อไป และทำการยึดอำนาจมาได้แล้วก็ควรที่จะ "คืนอำนาจให้แก่พระเจ้าแผ่นดิน" เพื่อทรงใช้อำนาจธิปไตยดั้งเดิมของพระ

³⁷ ปรัตต นิยม ตีฏาทนนท์, "เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ 28 สิ้นชีพ ~~นิคม~~" (3 เมษายน 2538) หน้า 10.

องค์ต่อไป มีใ้ช้มาใช้อำนาจอธิปไตยเสียเองหมายความว่า เมื่อทำการปฏิวัติรัฐประหารสำเร็จแล้วคณะปฏิวัติจะออกกฎหมายก็ดี ใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการก็ดี ควรจะกระทำในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ โดยตนเองเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ ถ้าไม่กระทำอย่างนี้ถือได้ว่า กระทำการลบหลู่พระราชอำนาจ ลบหลู่พระบารมี ไม่สมควรที่จะยอมรับ ไม่สมควรที่จะยกย่อง”

และการตั้งข้อสังเกตเชิงความเห็นทางทฤษฎีกฎหมายข้างต้น ได้รับการยืนยันอีกครั้งหนึ่งจากทัศนะของนักรัฐศาสตร์ท่านสำคัญท่านหนึ่งของสังคมไทยคือศาสตราจารย์ เสน่ห์ จามริก ซึ่งท่านเห็นว่า³⁸

“ปัญหาเรื่อง “ศักดิ์” หรือสถานภาพทางกฎหมายของคำสั่งหรือประกาศของคณะปฏิวัตินั้น น่าจะต้องแยกวินิจฉัยให้แน่ชัดเสียระหว่างศักดิ์ทางกฎหมายในกระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ กับศักดิ์อันเทียบเท่ากฎหมายตามข้อเท็จจริงของสถานการณ์ปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเป็นการชั่วคราวช่วยยามไม่อยู่ในสภาวะปกติ ในแง่หนึ่งอย่างดีที่สุดคำสั่งและประกาศของคณะปฏิวัติ ก็มีศักดิ์หรือฐานะเพียง “เทียบเท่า” กฎหมายในสถานการณ์นั้น ๆ และซึ่งย่อมจะต้องหมดสภาพความเป็นกฎหมายไปทันทีโดยอัตโนมัติ เมื่อประกาศใช้ระบอบรัฐธรรมนูญเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการปกติ”

แนวคิดและความคิดเห็นดังกล่าวข้างต้น โดยสภาพแล้วก็เป็นเพียงแนวคิดหนึ่งในสังคมไทยที่ได้มีการนำเสนอสู่สังคมไทยในลักษณะข้อความคิดเชิงโต้แย้งอย่างมีเหตุมีผล ต่อการวิพากษ์วิจารณ์ปัญหาเรื่องสถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่เล็งผลได้ยากในทางปฏิบัติที่เป็นจริง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาหรือตัดสินเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมาย ของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร น่าจะออกมาในรูปของการพิจารณาและวิพากษ์วิจารณ์เป็นรายฉบับมากกว่าจะเป็นการยอมรับหรือปฏิเสธอย่างสิ้นเชิง โดยการพิจารณาที่ยืนอยู่บนหลักที่ว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาในการลิดรอนหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ ทั้งนี้โดยการมอบอำนาจให้องค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบและวินิจฉัยตัดสินถึงความไม่สมบูรณ์ หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่แสดงออกอย่างชัดแจ้งถึงเนื้อหาที่ขัดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน เช่นนี้แล้วองค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม จึงยืนอยู่บนตำแหน่งอันเหมาะสมที่สุดในการทำหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องชอบธรรมของบรรดา

³⁸ ไบรตจู เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับกติกาสถาปัตยกรรมรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพมหานคร:เจริญวิทย์การพิมพ์, 2529, หน้า 274.

ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร³⁹ ซึ่งเป็นปัญหาที่น่าคิดต่อในเชิงปรัชญากฎหมายที่ว่า “เมื่อเสียงปืนสงบเสียงลงไปแล้ว กฎหมายจะมีเสียงขึ้นมาบ้างไม่ได้หรืออย่างไร”⁴⁰

4. การออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร

สืบเนื่องจากการยกเลิกรัฐธรรมนูญ โดยวิถีทางอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือนัยหนึ่งคือ การยกเลิกรัฐธรรมนูญโดยการปฏิวัติรัฐประหารนั้น กล่าวสำหรับกาปฏิวัติรัฐประหารในสังคมไทยที่เกิดขึ้นมาแล้ว ผลจากการนี้ นอกจากจะมีปัญหาที่ต้องพิจารณาทั้งในแง่ของความเป็นรัฐาธิปไตยของคณะปฏิวัติรัฐประหารหรือผลกระทบจากการยกเลิกรัฐธรรมนูญ โดยคณะปฏิวัติรัฐประหารต่อความสมบูรณ์ในระบอบกฎหมาย รวมทั้งสถานะทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังได้พิจารณามาแล้ว

การออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่จะต้องพิจารณาเช่นกัน ด้วยเหตุที่คณะปฏิวัติรัฐประหารเมื่อได้กระทำการสำเร็จแล้ว โดยการใช้กำลังเข้ายึดอำนาจจากรัฐบาลก่อน สิ่งหนึ่งที่คณะปฏิวัติรัฐประหารมักกระทำเสมอมาก็คือ

1. การประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญ
2. การประกาศให้รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลง
3. การประกาศให้องคมนตรียังคงดำรงตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ต่อไป
4. การประกาศให้ศาลทั้งหลายยังคงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีต่อไป

ภายหลังจากการยึดอำนาจการปกครองโดยคณะปฏิวัติรัฐประหาร จากรัฐบาลก่อนสำเร็จแล้ว ในช่วงที่ยังไม่มีรัฐธรรมนูญนั้น การใช้อำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารจึงเป็นการใช้กำลังบังคับโดยพฤตินัยเท่านั้น และการใช้กำลังบังคับโดยพฤตินัยนี้ไม่ว่าจะมีผลในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งใด ๆ หากมีผลบังคับได้ก็เพราะความกลัวต่อการใช้กำลังบังคับเช่นนั้น⁴¹ และนับตั้งแต่ ปี พ.ศ.2490 เป็นต้นมา ก็ได้มีการออกคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติรัฐประหารเป็นครั้งแรก ซึ่งบางฉบับศาลฎีกาก็ได้มีคำวินิจฉัยว่าคำสั่งดังกล่าวมีสถานะเป็นกฎหมาย โดยปรากฏให้เห็นได้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ ปี พ.ศ.2501 เป็นต้นมา ซึ่งเป็นปีที่จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้ใช้กำลังเข้ายึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้เป็นผลสำเร็จ และได้มีการออกกฎหมายในรูปแบบใหม่ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนสำหรับสังคมไทยก็คือ การออกประกาศของคณะปฏิวัติ⁴² โดยมีลักษณะเป็นการออก

³⁹ จวัณ โยธะภณังค์, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย : เป็นชนบทจาก 2475 ถึงปัจจุบัน, หน้า 108.

⁴⁰ เสนีย์ ปราโมช, มร.ว. ทารกักตัวอันซพาลโดยเจ้าคนไม้ไผ่ฝ่ายบริหารจัดตั้งรัฐธรรมนูญหรือไม่ บทโดยเสนาีย์, เล่ม 27, ตอน 3, (2513) หน้า 823.

⁴¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 258.

⁴² อุณรุดี ต้นตระกูล, บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ๑.1/2512, วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต ภาคปริวรรตศึกษาศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532, หน้า 47.

ประกาศหรือคำสั่งให้มีผลเป็นกฎหมายและใช้ชื่อเรียกเฉพาะ มีรูปแบบที่เป็นเอกภาพ ตลอดทั้งมีระเบียบแบบแผนเป็นของตนเอง และมีความต่อเนื่องกันมาหลายฉบับนับตั้งแต่การยึดอำนาจสำเร็จ โดยการใช้ชื่อว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ โดยระหว่างวันที่ 20 ตุลาคม 2501 ถึง 28 มกราคม 2502 มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติ จำนวน 57 ฉบับ และต่อ ๆ มาเมื่อมีการใช้กำลังเข้ายึดอำนาจโดยการปฏิวัติรัฐประหารได้เป็นผลสำเร็จแล้ว คณะปฏิวัติรัฐประหาร ก็ได้มีการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารทำนองเดียวกันอีก อาทิเช่น⁴³

- การปฏิวัติรัฐประหาร โดยจอมพลถนอม กิตติขจร ระหว่างวันที่ 17 พฤศจิกายน ถึงวันที่ 15 ธันวาคม 2515 มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ จำนวน 364 ฉบับ และหลาย ๆ ฉบับยังคงมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายจนถึงปัจจุบัน

- การปฏิรูปการปกครองแผ่นดินโดยพลเรือเอกสฤษดิ์ ชลออยู่ ระหว่างวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ถึงวันที่ 22 ตุลาคม 2519 ได้มีการออกกฎหมายในรูปแบบของคำสั่งหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน จำนวน 43 ฉบับ

- การปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน โดยพลเรือเอกสฤษดิ์ ชลออยู่ ระหว่างวันที่ 20 ตุลาคม 2520 ถึงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2520 มีการออกคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน จำนวน 38 ฉบับ

- การปฏิวัติรัฐประหารโดยพลเอกสุนทร คงสมพงษ์ ระหว่างวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ถึงวันที่ 1 มีนาคม 2534 ได้มีการออกกฎหมายในรูปของประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (ประกาศ รสช.) จำนวน 56 ฉบับ

อนึ่ง ในการปฏิวัติรัฐประหาร นับตั้งแต่ พ.ศ.2501, พ.ศ.2514, พ.ศ.2519; พ.ศ.2520, และล่าสุด พ.ศ.2534 ได้มีการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งโดยข้อเท็จจริงถือว่าประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวเป็นกฎหมายในตัวเอง แต่เป็นเพียงกฎหมายในรูปแบบพิเศษที่ได้ตราขึ้นมาออกกระบวนการณ์บัญญัติในกรณีปกติเท่านั้น โดยเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น อาจมี "ศักดิ์" (hierarchy) ทางกฎหมายลดหลั่นกันสูงบ้าง-ต่ำบ้าง เช่น อาจเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ หรืออาจมีศักดิ์เท่าพระราชกฤษฎีกา เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อเหตุผลและความจำเป็นหากจะต้องมีการแก้ไขหรือยกเลิกเพิกถอน หรือกรณีพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับ ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารว่า ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากเป็นประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ที่ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจพิเศษนอกกระบวนการณ์บัญญัติตามปกติ และยังคงมีผลบังคับใช้ต่อมาจนถึงสถานการณ์ปกติ ดังนั้นเมื่อสถานการณ์ความไม่สงบเรียบร้อยสิ้นสุดลงแล้ว ก็ต้องพิจารณาถึง "ศักดิ์" ทางกฎหมาย เนื่องจากการแก้ไขหรือยกเลิกเพิกถอนไม่อาจที่จะกลับไปใช้รูปแบบเดิมได้ กล่าวคือ ไม่อาจที่จะตราประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารฉบับใหม่ขึ้นมา เพื่อแก้ไขหรือยกเลิกเพิกถอนประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร

⁴³ บรรณศักดิ์ อูวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแปลงเอกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย,

ฉบับเดิมได้ ด้วยเหตุนี้เองจึงอาจแยกพิจารณาเกี่ยวกับ “ศักดิ์” ทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารได้ดังนี้

1. ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ไม่มีความประสงค์ จะให้เป็นกฎหมาย ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของแถลงการณ์ของคณะปฏิวัติรัฐประหารบ้างเช่น แถลงการณ์ของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน พ.ศ.2519 หรือแถลงการณ์ฉบับที่ 1 และฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 และล่าสุดแถลงการณ์ของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 1 หรือกรณีอาจจะอยู่ในรูปของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารก็ได้ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 6 ลงวันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งมีเนื้อหาอยู่ในคำปรารภว่า “คณะปฏิวัติขอชื่นชมเหตุผลถึงความจำเป็นในการยึดอำนาจครั้งนี้ ดังต่อไปนี้” เป็นต้น ทั้งนี้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ไม่มีความประสงค์จะให้เป็นกฎหมาย จะสังเกตได้จากถ้อยคำของบทบัญญัตินั้น ๆ เอง ที่ไม่มีสภาพบังคับและไม่มีการบังคับการให้เป็นไปตามนั้น เป็นแต่เพียงการแจ้งข้อความหรือข่าวสารให้ประชาชนทราบเท่านั้น ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว จึงไม่มีผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด

2. ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารฉบับใด ที่มีความมุ่งหมายจะให้เป็นกฎหมายในการบังคับใช้และมีข้อความที่กล่าวถึงการดำเนินการหรือกิจการ ซึ่งตามปกติจะต้องกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่นนี้ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวย่อมมี “ศักดิ์” ทางกฎหมายเทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญ เพราะมีผลเป็นการยกเลิกรัฐธรรมนูญ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2514 ที่ให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2511 หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520 ที่ให้ยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2519 เป็นต้น ทั้งนี้ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว ซึ่งมี “ศักดิ์” เทียบเท่ากับรัฐธรรมนูญนั้น อาจพิจารณาได้จากเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งฉบับนั้น ๆ เองว่ามี “ศักดิ์” ทางกฎหมายอย่างไร

3. ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารฉบับใด ที่มีความมุ่งหมายจะให้เป็นกฎหมายและมีข้อความ ซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหรือมีผลเป็นการแก้ไขหรือยกเลิกพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหรือแสดงไว้ในตัวเองว่า ต้องการให้ประกาศหรือคำสั่งฉบับนี้เทียบได้กับพระราชบัญญัติ⁴⁴ ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ย่อมมี “ศักดิ์” ทางกฎหมายเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 307 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515 ข้อ 3 บัญญัติว่า “ให้ถือว่าประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์....” หรือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 195 ลงวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ.2515 ข้อ 1 บัญญัติว่า “ให้ยกเลิกความในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ด พ.ศ.2497 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน....” เป็นต้น ทั้งนี้ ในทางกลับกัน การแก้ไข หรือยกเลิก เพิกถอน ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารประเภทนี้ ก็จะต้องกระทำโดยกฎหมายที่มี “ศักดิ์” เท่ากันหรือสูงกว่า เช่น พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

เดิมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 216 ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ.2515 (ฉบับที่ 18)พ.ศ.2520 และล่าสุด ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534 เป็นต้น

4. ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารฉบับใดที่มีความมุ่งหมาย จะให้เป็นกฎหมายและมีข้อความซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องกำหนดเป็นพระราชกฤษฎีกา เพราะต้องอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติ หรือมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขพระราชกฤษฎีกาหรือประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้นเอง เช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 184 ลงวันที่ 15 มิถุนายน พ.ศ.2516 เรื่องให้ตั้งคณะนิติศาสตร์เพิ่มขึ้นในจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งข้อ 2 ของประกาศฉบับนี้บัญญัติว่า "ให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ มีผลใช้บังคับเช่นเดียวกับพระราชกฤษฎีกา...." เป็นต้น เช่นนี้เอง จึงเห็นได้ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว ย่อมมี "ศักดิ์" ทางกฎหมายเทียบเท่ากับพระราชกฤษฎีกา ตามกรณีปกตินั้นเอง

เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น แนวทางหนึ่งที่จะกำหนดให้เป็นรูปธรรมที่ชัดเจนได้ก็คือ การกำหนดรับรองถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไว้ในรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้จึงต้องมีบทบัญญัติรับรองถึงสถานะแห่งความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม ทั้งนี้ก็เพื่อการจัดให้มีองค์กรที่มีอำนาจในการเข้าวินิจฉัยได้ว่าการออกกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อมีการยอมรับกันโดยทั่วไปทั้งจากนักวิชาการด้านนิติศาสตร์ และศาลแล้วว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารมีผลเป็นกฎหมาย ซึ่งเป็นกฎหมายอีกรูปแบบหนึ่งในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นการออกกฎหมายโดยอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเป็นกระบวนการออกกฎหมายโดยวิธีพิเศษก็ตาม แต่ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ เมื่อมีการพูดถึงการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น มิได้หมายความว่าแต่เพียงการควบคุมกฎหมายที่ออกโดยกระบวนการนิติบัญญัติตามกรณีปกติเท่านั้น หากแต่หมายรวมถึงการควบคุมประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารด้วยว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ หากมีผู้กล่าวอ้างขึ้นตามกระบวนการหรือกลไกในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือศาลที่พิจารณาคดีอยู่นั้นเองเห็นว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังเช่นกรณีล่าสุดในการวินิจฉัยของศาลฎีกาในคดียึดทรัพย์สินนักการเมือง ตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ 913/2536 ดังที่จะได้กล่าวต่อไป

5. รูปธรรมของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งแสดงออกถึงนโยบายแห่งเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

สังคมไทยภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ในปี พ.ศ.2475 โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ในขณะเดียวกันสังคมไทยกลับมีกฎหมายหลายต่อหลายฉบับที่มีเนื้อหาเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน ซึ่งแสดงนโยบายแห่งเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐ

รัฐธรรมนูญ อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นหลักประกันไว้ จึงอาจกล่าวได้ว่าเพียงแค่ทศวรรษแรกภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง กฎหมายในฐานะกลไกหนึ่งของเครื่องมือต่อสู้ทางการเมือง ก็ได้เริ่มปรากฏบทบาทของตนเองออกมอย่างแท้จริง เริ่มตั้งแต่พระราชบัญญัติว่าด้วยคอมมิวนิสต์ พ.ศ.2476 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ปราบปรามผู้ศรัทธาในอุดมการณ์ของลัทธิคอมมิวนิสต์ หรือพระราชบัญญัติจัดการป้องกันรักษารัฐธรรมนูญ พ.ศ.2476 ซึ่งใช้บังคับแก่ผู้กระทำการอันเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ และมีเนื้อหาไปไกลถึงขนาดที่ว่าเพียงแค่ขั้นคบคิดหรือทำความตกลงก็เป็นความผิดแล้ว หรือแม้กระทั่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษฉบับต่าง ๆ⁴⁵ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดตั้งศาลพิเศษในการพิจารณาคดีแก่ผู้กระทำความผิดทางการเมืองเป็นการเฉพาะกรณี ซึ่งเป็นการจัดตั้งศาลชั้นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกระบวนการยุติธรรมในกรณีปกติ เป็นต้น นอกเหนือจากนี้แล้ว ในยุคสมัยต่อมาก็ยังมีการออกกฎหมายที่มีเนื้อหาสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกในหลาย ๆ ลักษณะและหลาย ๆ ฉบับ โดยเฉพาะกฎหมายในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารต่าง ๆ จะเห็นได้ว่ากฎหมายหลาย ๆ ฉบับดังกล่าวมาแล้ว ล้วนแต่มีเนื้อหาที่ไม่ชอบธรรมทั้งสิ้น ด้วยเหตุที่มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในความคิดความเชื่อทางการเมือง การแสดงออก และที่สำคัญเป็นการขัดต่อเสรีภาพของประชาชนในกระบวนการยุติธรรมตามกรณีปกติทั้งสิ้น

สมมติฐานและข้อพิสูจน์สำคัญต่อเนื้อหาที่กฎหมายฉบับต่าง ๆ เหล่านี้ปรากฏออกมา นับตั้งแต่ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475 ย่อมเป็นเครื่องยืนยันพื้นฐานแห่งความเป็นประชาธิปไตยของสังคมไทยได้ตลอดมา ต่อประเด็นปัญหาเรื่องพัฒนาการของระบอบดังกล่าว และชัดเจนยิ่งขึ้น เมื่อได้พิจารณาลึกลงไปสู่รากฐานทางปรัชญากฎหมายที่รองรับระบบความคิดทางกฎหมายของสังคมไทยจนถึงปัจจุบัน ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดว่าแนวคิดของปรัชญากฎหมายไทยตกอยู่ภายใต้การครอบงำของแนวคิดเรื่องอำนาจเด็ดขาดของกฎหมาย หรือแนวคิดของทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law) ดังได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น ซึ่งเป็นแนวคิดที่แยกเรื่องกฎหมายออกจากศีลธรรมหรือหลักความยุติธรรมใด ๆ ประกอบกับเมื่อพิจารณาในแง่มิติทางประวัติศาสตร์ และวัฒนธรรมของสังคมไทย ที่มีส่วนสัมพันธ์กับปัญหาดังกล่าวในแง่ของวิถีคิด ซึ่งถูกกระบวนการหล่อหลอมทางสังคมมานานับร้อย ๆ ปีในระบบศักดินา จึงมีผลทำให้โดยพื้นฐานแล้ว สังคมไทยมีแนวโน้มในการยอมรับอำนาจและอ่อนน้อมต่อผู้ปกครองมากกว่าที่จะตั้งคำถาม

⁴⁵ - พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ พ.ศ.2476. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาคดีแก่ผู้ถูกจับในคดีกบฏบวรเดช

- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ พ.ศ.2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2478. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพิจารณาคดีกบฏนายสิบ เมื่อเดือนสิงหาคม 2478

- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ พ.ศ.2481. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้กับกรณีกบฏพระยากรมยุทธนาธิการ ในปีพ.ศ.2481

- พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลพิเศษ เพื่อพิจารณาคดีทมิฬความผิดฐานกบฏภายนอกราชอาณาจักร พ.ศ.2483. โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบังคับใช้กับผู้ใดเบียดเบียนความสงบราชการให้แก่ฝรั่งเศส ในกรณีการพิพาทระหว่างไทยกับฝรั่งเศส เรื่องการเรียกร้องดินแดนที่เสียไปก่อน

เกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ ทั้งในทางแพ่งและทางอาญา หรือโดยเฉพาะในทางการเมืองด้วยแล้ว ยิ่งนับได้น้อยครั้ง
มาก⁴⁶

อย่างไรก็ตาม บทบาทของอุดมการณ์ทางกฎหมาย ที่มีส่วนสัมพันธ์กับสิทธิเสรีภาพของ
ประชาชนในสังคมไทยที่ผ่านมา ได้แสดงให้เห็นถึงข้อจำกัดอย่างยิ่งต่อบทบาทของอุดมการณ์ และแนวคิดที่
ครอบงำชนชั้นผู้ปกครอง ซึ่งเปรียบเสมือนโครงสร้างส่วนบนของสังคมไทยตลอดมา และโดยเหตุนี้เองที่ผล
ประโยชน์และความขัดแย้งทางการเมืองของชนชั้นผู้ปกครองในสังคม จึงยังคงเป็นตัวกำหนดถึงเนื้อหาสาระ
ตลอดทั้งทิศทางของกฎหมายต่าง ๆ อยู่เป็นอันมาก จากมิติทางการเมืองของกฎหมายในฐานะของเครื่องมือ
ต่อสู้ทางการเมือง จึงปรากฏเด่นชัดจากรูปธรรมของกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ณ ที่นี้ จะ
ขอกล่าวเฉพาะแต่กฎหมาย ที่ออกมาในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ซึ่งเมื่อ
พิจารณาทั้งในแง่แบบพิธี (form) และในแง่เนื้อหา (substance) แล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าแสดงออกถึง
นัยแห่งเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ดังนี้⁴⁷

5.1. การบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง เป็นการลงโทษต่อบุคคล

การพิจารณาเรื่องความชอบธรรม หรือการให้โอกาสแก่บุคคลในการรู้กฎหมายซึ่งบัญญัติ
ว่าการกระทำใดเป็นความผิดต่อกฎหมายก่อนนี้เอง ที่ทำให้มีการถือเป็นหลักสากลว่า ในการบัญญัติหรือตรา
กฎหมายใด ๆ ก็ตามที่มีผลบังคับใช้ย้อนหลังเป็นการลงโทษต่อบุคคลแล้ว ย่อมเป็นการไม่ชอบธรรมตาม
ครรลองแห่งหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ทั้งสิ้น โดยหลักแห่งนิติธรรมซึ่งถือว่า บุคคลทุกคนจะมี
ความผิดก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติขึ้นเท่านั้น (the law looks forward, not backward) เช่นนี้เองจึงถือ
เป็นหลักเสมอมาว่า การกระทำของบุคคลใด ๆ จะถือเป็นความผิดได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติความผิดไว้
แล้วก่อนหน้าที่ได้กระทำความผิดเท่านั้น จึงจะถือได้ว่ามีความชอบธรรม เนื่องจากบุคคลผู้กระทำผิดจะได้รู้
ตัวก่อนล่วงหน้า ในการกระทำของตนว่าเป็นการละเมิดต่อกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้แล้ว

หลักในการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง เป็นการลงโทษต่อบุคคลนี้ ได้รับการยอมรับเป็น
อย่างดี โดยการบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 11 (2)⁴⁸ ที่ว่า บุคคลใดจะถูกถือว่า มี
ความผิดอันมีโทษทางอาญาใด ๆ ด้วยเหตุที่ตนได้กระทำหรือละเว้นการกระทำการใด ๆ ซึ่งกฎหมายของ

⁴⁶ สรรพ์ วัณณศิริ, วิชาอนุกรรมการแห่งสังคมสยาม, กรุงเทพมหานครหนังสือแสงดาว, 2522, หน้า 169-174.

⁴⁷ จรัญ โสภณนันทน์, กฎหมายกับสิทธิเสรีภาพในสังคมไทย เก็บถาวรจาก 2475 ถึงปัจจุบัน, กรุงเทพมหานคร:กลุ่มประสานงานสหภาพเพื่อ
สังคม, 2528, หน้า 60-75. การแบ่งประเภทของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารกลุ่มต่าง ๆ นั้น ยึดหลักการแบ่งประเภทตามที่
รองศาสตราจารย์ จรัญ โสภณนันทน์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้แบ่งประเภทไว้ในหนังสือเล่มดังกล่าวเป็นหลัก

⁴⁸ UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS.

Article 11

(2). No one shall be held guilty of any penal offence on account of any act or omission which did not constitute a penal offence, under national or international law, at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the penal offence was committed.

ประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศในขณะที่มีการกระทำนั้น มิได้ระบุว่าเป็นความผิดทางอาญาได้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้น จะหนักกว่าโทษที่ใช้อยู่ในขณะที่มีการกระทำความผิดทางอาญานั้นเกิดขึ้นมิได้” หลักดังกล่าวยังคงใช้เป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนเสมอมา และข้อห้ามในการบัญญัติกฎหมายให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังเป็นการลงโทษต่อบุคคลนี้ ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับ รวมทั้งรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบันด้วย⁴⁹

อย่างไรก็ตาม หากกล่าวเฉพาะสังคมไทยแล้ว หลักการห้ามมิให้บังคับใช้กฎหมายย้อนหลังเป็นการลงโทษต่อบุคคลนั้น มักถูกละเลยและเพิกเฉยอยู่บ่อยครั้ง โดยผู้เผด็จอำนาจปกครองที่ยึดกุมอำนาจในการนิติบัญญัติ และใช้กฎหมายลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนต่าง ๆ โดยเฉพาะการออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีลักษณะไม่ชอบด้วยหลักการดังกล่าว มีดังนี้

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ.2501
- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2514
- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 8 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519

ประกาศหรือคำสั่ง ทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว มีเนื้อหาที่สำคัญคือ การกำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมผู้ต้องหาในคดีที่มีข้อหาว่า กระทำความผิดต่อพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ พ.ศ.2495 การควบคุมผู้ต้องหาตามประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมตัวผู้ต้องหาได้ตลอดระยะเวลาที่ทำการสอบสวน โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาควบคุมตัวผู้ต้องหาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และไม่ว่าผู้ต้องหาจะถูกควบคุมตัวอยู่ก่อนหรือหลังวันออกประกาศหรือคำสั่งนี้ และนอกจากนี้ยังมีการกำหนดให้ศาลทหารเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวอีกด้วย แม้การกระทำความผิดในคดีนี้จะเกิดขึ้นก่อนวันประกาศใช้กฎหมายก็ตาม

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 28 ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ.2519

คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินฉบับนี้ เป็นการให้อำนาจศาลสั่งซึ่งบรรดาบุคคลที่ถูกจับกุมกว่า 3,000 คน ภายในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภายหลังจากชุมนุมเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ซึ่งอำนาจศาลในการสั่งซึ่งบุคคลดังกล่าวนี้ ศาลมีอำนาจสั่งซึ่งบุคคลได้ติดต่อกันไม่เกิน 180 วัน โดยมีต้องผ่านกระบวนการพิจารณาใด ๆ อีก

- ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์

พ.ศ.2534

ประกาศฉบับนี้ ออกภายหลังจากการปฏิวัติรัฐประหารโดยคณะทหาร ที่เรียกตัวเองว่า คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ภายใต้อำนาจของ พลเอกสุนทร คงสมพงษ์ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ซึ่งจะได้อีกโดยละเอียดต่อไปในวิทยานิพนธ์นี้

⁴⁹ ปรอทรัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2538 มาตรา 28.

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารฉบับต่าง ๆ ข้างต้นนั้น แม้โดยเนื้อหาของกฎหมายหลาย ๆ ฉบับ จะมีลักษณะเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งโดยหลักการแล้วสามารถ บังคับใช้ย้อนหลังได้ก็ตาม แต่ก็ยังคงมีลักษณะเป็นโทษในทางอาญาที่มีเนื้อหาในการบังคับใช้กฎหมายย้อน หลังเป็นการลงโทษต่อบุคคลนั้นเอง

5.2. การตัดสิทธิเสรีภาพของจำเลยในการตั้งทนายความขึ้นต่อผู้คดี

และการตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลยุติธรรม

สำหรับประเด็นปัญหาเรื่องการตัดสิทธิเสรีภาพของจำเลย ในการตั้งทนายความขึ้นเพื่อ ต่อสู้คดี และการตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกานั้น ถือได้ว่าเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของจำเลยในการ ต่อสู้คดีตามกระบวนการยุติธรรมอย่างยิ่ง โดยเนื้อหาของกฎหมายที่ยื่นอุทธรณ์พื้นฐานของความไม่เท่าเทียม กันในการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมเช่นนี้เอง จึงเป็นรูปธรรมที่ชัดเจนยิ่งในการพิจารณาว่า เนื้อหา ของกฎหมายดังกล่าวน่าที่จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าสิทธิดังกล่าวนี้ รัฐธรรมนูญแทบทุกฉบับจะ มีการบัญญัติรับรองถึงสิทธิของบุคคล ซึ่งย่อมมีความเสมอภาคกันทางกฎหมาย และบุคคลย่อมได้รับความ คู่คุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกันเสมอ⁵⁰ แม้กระทั่งในการพิจารณาคดีในศาล ผู้ต้องหาหรือจำเลยก็จะ ต้องมีสิทธิในการจัดหาทนายความ เพื่อทำหน้าที่รักษาผลประโยชน์ทางกฎหมายในคดีของตนที่อยู่ก่อนหรือ ระหว่างการพิจารณาคดีนั้น หากผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นบุคคลยากจน ผู้ต้องหาหรือจำเลยยังมีสิทธิที่จะได้ รับการช่วยเหลือจากรัฐ⁵¹ อีกเช่นกัน

ต่ออย่างไรก็ตาม การตัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการตั้งทนายความขึ้น เพื่อ ต่อสู้คดีในศาล และการตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลยุติธรรมนั้นกลับมีปรากฏอยู่เสมอในกฎหมาย หลายฉบับที่ผ่านมา ซึ่งมีทั้งที่เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้ในลักษณะทั่วไป หรือกฎหมายในรูปแบบของประกาศ หรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ถูกตราขึ้น เพื่อใช้บังคับเป็นการเฉพาะกรณีหรือเฉพาะบุคคล ซึ่ง ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีลักษณะเช่นนี้ เท่าที่ปรากฏผ่านมาได้แก่

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 16 ลงวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ.2501
- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2514
- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินฉบับที่ 1 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519

โดยเนื้อหาของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารทั้ง 3 ฉบับ ดังกล่าวข้างต้น จะ เป็นการตัดสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการตั้งทนายความขึ้นเพื่อต่อสู้คดี และตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือ ฎีกาต่อศาลยุติธรรมทั้งสิ้นซึ่งถือเป็นการขัดต่อสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของประชาชนที่ได้รับการบัญญัติรับรอง

⁵⁰ ประตศุรัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2538 มาตรา 25.

⁵¹ ประตศุรัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2538 มาตรา 31.

ไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ จึงเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนที่ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารทั้ง 3 ฉบับ ได้ลดทอนหรือเพิกถอนอำนาจของกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น

แม้ข้อเท็จจริงตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว กรณีการห้ามแต่งหนายความหรือต้องห้ามอุทธรณ์หรือฎีกาตามประกาศหรือคำสั่งข้างต้น จะมีการกำหนดไว้โดยเฉพาะคดีที่มีความร้ายแรงบางประเภทก็ตาม ที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกบังคับให้นาคดีขึ้นพิจารณาคดีในศาลทหาร อาทิเช่น ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐ ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ถึงแม้ว่าจะมีความจำเป็นอยู่บ้างในสถานการณ์ฉุกเฉินร้ายแรงที่จะต้องให้คดีดังกล่าวได้รับการพิจารณาพิพากษาคดี เพื่อตัดลีนคดีโดยเร็วที่สุดก็ตาม แต่ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ก็เป็นช่องโหว่ให้กับผู้ปกครองโดยอำนาจเผด็จการทั้งหลายนำเอากฎหมายนี้มาใช้บังคับเสมอ ด้วยการประกาศใช้กฎอัยการศึก โดยมีระยะเวลาที่ยาวนานและครอบคลุมในหลายพื้นที่ และปรับบทกฎหมายดังกล่าวเพื่อใช้บังคับกับประชาชนจำนวนมาก ผลที่ตามมาจึงทำให้เกิดการลิดรอนและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อันพึงมีพึงได้จาก การดำเนินการต่อสู้คดี ซึ่งเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนนั่นเอง กรณีเช่นนี้จะเห็นได้อย่างชัดเจนมากภายหลังจากที่คณะปฏิวัติรัฐประหารกระทำการสำเร็จในทุกครั้ง ก็มักจะมีการออกกฎหมายโดยการประกาศใช้กฎอัยการศึก และจะกำหนดให้บรรดาคดีที่มีข้อหาความผิดตามที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายประกาศ หรือคำสั่งดังกล่าว อยู่ในอำนาจของศาลทหารในเวลาไม่ปกติ

นอกเหนือจากนี้ ในคดีซึ่งเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเป็นคอมมิวนิสต์ด้วยแล้ว รัฐบาลภายหลังการปฏิวัติรัฐประหาร มักจะมีการออกกฎหมายย้อนหลังให้คดีดังกล่าว ต้องตกอยู่ในเขตอำนาจของศาลทหาร ซึ่งหมายความว่าในคดีเช่นนี้ ผู้ต้องหาหรือจำเลยต้องถูกนำตัวขึ้นพิจารณาคดีในศาลทหารนั่นเอง ขณะเดียวกันก็มักจะมีประกาศหรือคำสั่งสำคัญลงไปอีกว่า ให้ศาลทหารดังกล่าว หมายถึง ศาลทหารในเวลาไม่ปกติมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคดี อาทิเช่น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 15 ลงวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ.2501, ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2514, คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 8 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519 และคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 14 ลงวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ.2519 เป็นต้น

ผลจากการนี้ คดีที่มีข้อหาความผิดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดอันเป็นคอมมิวนิสต์ ตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว จะต้องตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของกฎหมายที่ไม่เป็นธรรมถึงสองชั้น กล่าวคือ ประการแรกผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกบังคับใช้กฎหมายย้อนหลัง เป็นการลงโทษต่อบุคคลตามประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวแล้ว ประการที่สองผู้ต้องหาหรือจำเลยยังได้รับผลในการตัดสิทธิเสรีภาพในการตั้งหนายความขึ้น เพื่อต่อสู้คดีของตน และตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกา ตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อีกชั้นหนึ่งด้วย

5.3. การมอบอำนาจตุลาการ หรือนิติบัญญัติแก่ฝ่ายบริหาร ในการเปิดช่องให้มี การจับกุม คမ်းซังได้ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการยุติธรรม

ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ที่มีเนื้อหาในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนในลักษณะเช่นนี้ เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้อำนาจแก่ผู้ปกครองโดยอำนาจเผด็จการ ในการจับกุม คမ်းซังประชาชนได้อย่างตามอำเภอใจมากขึ้น ทั้งนี้โดยมิต้องผ่านกระบวนการยุติธรรมใด ๆ ทั้งสิ้น การใช้อำนาจจับกุม คမ်းซังประชาชนดังกล่าว เป็นการยกเว้นและละเมิดต่อหลักการสำคัญ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการจับกุมประชาชน ตามที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา⁵² ซึ่งได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้เพื่อเป็นหลักประกันแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชน ที่จะไม่ถูกล่วงละเมิดโดยการกระทำของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

แต่โดยเหตุที่เจตนารมณ์เบื้องหลัง ที่แอบแฝงอยู่ในประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารประเภทนี้ ก็เพื่อเป็นการปิดปากปิดเสียงประชาชนในการวิพากษ์วิจารณ์ผู้ปกครองโดยอำนาจเผด็จการเป็นหลัก ซึ่งมักจะแฝงเร้นมาด้วยข้ออ้างเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ หรือความสงบสุขของประชาชนเป็นส่วนใหญ่ รูปธรรมของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารประเภทนี้ ได้แก่

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน พ.ศ.2501

ประกาศฉบับนี้ ให้อำนาจแก่พนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจทำการควบคุมตัวบุคคลที่เห็นว่า ประพฤติตนเป็นอันธพาล หรือบุคคลที่ดำรงชีพด้วยการกระทำผิดต่อกฎหมาย เช่น เป็นเจ้ามือการพนันสลากกินรวบ ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองและตำรวจสามารถควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวไว้ได้ เพื่อทำการสอบสวนได้ไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันเริ่มควบคุมตัวบุคคลดังกล่าว

แม้โดยหลักการแล้ว ประกาศฉบับนี้จะอ้างว่าเป็นไปเพื่อการปราบปรามบุคคลเช่นว่านี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชน และเพื่อความเจริญเติบโตของบ้านเมืองก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ประกาศฉบับนี้ก็กลับเป็นการเปิดช่องให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐจับกุมตัวบุคคลผู้บริสุทธิ์เป็นจำนวนมาก เพื่อนำตัวมากักขังไว้ด้วยเหตุผลเป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลทางการเมืองอย่างอื่น โดยที่มิต้องมีใครตั้งข้อหาหรือการสืบพยานเพื่อหาข้อเท็จจริงแต่อย่างใด ซึ่งถือได้ว่าเป็นการข่มขู่และลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งสิ้น

นอกเหนือจากการออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 นี้แล้ว ในเวลาต่อมา จอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ยังได้มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติอีกฉบับหนึ่งออกมาให้รับ และสอดคล้องกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้อีก ซึ่งเป็นการขยายความไม่เป็นธรรมของประกาศฉบับนี้ให้มากยิ่งขึ้นไปอีกคือ

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ลงวันที่ 10 มกราคม พ.ศ.2502

⁵² โปรดดูหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการจับกุม คမ်းซังบุคคลได้ใน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ลักษณะ 6 ข้อ 4 จาก ต้น บ่อข่วยชั่วคราว

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นี้ โดยเนื้อหาของประกาศแล้ว ถือว่าลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก กล่าวคือ การกำหนดให้ผู้บัญชาการตำรวจนครบาล สำหรับจังหวัดพระนครและจังหวัดธนบุรี และผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น ๆ มีอำนาจสั่งให้ส่งตัวบุคคลที่ประพฤติตนเป็นอันธพาล และถูกควบคุมตัวไว้เพื่อทำการสอบสวนตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ดังกล่าวเมื่อครบกำหนด 30 วันแล้ว ให้ส่งตัวบุคคลดังกล่าวไปยังสถานอบรมและฝึกอาชีพได้

นัยแห่งเนื้อหาของประกาศฉบับนี้ จึงเปรียบเสมือนการเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารทำหน้าที่และมีอำนาจเป็นฝ่ายตุลาการเสียเอง โดยการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ มีอำนาจส่งตัวบุคคลที่ประพฤติตัวเป็นอันธพาล ซึ่งถูกควบคุมตัวไว้สอบสวนครบ 30 วันแล้ว ให้ไปถูกควบคุมตัวต่อยังสถานอบรมและฝึกอาชีพ โดยมีได้มีการกำหนดระยะเวลาในการควบคุมไว้ให้เป็นที่น่าพอใจ เป็นแต่เพียงการกำหนดให้คณะกรรมการพิเศษที่ได้มีการจัดตั้งขึ้น เป็นผู้ที่มีอำนาจพิจารณาว่าบุคคลดังกล่าว สมควรให้ปล่อยตัวออกไปหรือไม่ทุก ๆ 3 เดือน ฉะนั้นประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 นี้ จึงเท่ากับเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารจัดตั้งศาลขึ้นใหม่ เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีที่มีข้อหาความผิดฐานมีนิสัยและประพฤติตนเป็นอันธพาลโดยเฉพาะนั่นเอง จึงถือได้ว่า นัยแห่งเนื้อหาของประกาศฉบับดังกล่าวนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญทุกฉบับ ที่ได้มีการกำหนดให้อำนาจดังกล่าวนี้ เป็นอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น⁵³

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 ลงวันที่ 13 ตุลาคม พ.ศ.2519

สาระสำคัญของคำสั่งฉบับนี้ โดยหลักการทั่วไปแล้วมีลักษณะเช่นเดียวกับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ที่ออกโดย จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ ที่กล่าวถึงข้างต้นรวมกัน กล่าวคือ คำสั่งฉบับนี้ได้กำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจควบคุมผู้เป็นภัยต่อสังคมไว้เพื่อทำการอบรมได้เป็นเวลา 30 วัน ซึ่งเมื่อครบกำหนด 30 วันแล้ว ผู้ต้องหาว่าเป็นภัยต่อสังคมยังอาจถูกส่งตัวไปอยู่ในสถานอบรมและฝึกอาชีพได้อีก และคำสั่งฉบับนี้ ก็ไม่ได้กำหนดเวลาในการคุมขังบุคคลในสถานอบรมและฝึกอาชีพแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้ต้องหาว่าเป็นภัยต่อสังคมอาจถูกคุมขังได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา หากคณะกรรมการของสถานอบรมและฝึกอาชีพ ซึ่งอาจพิจารณาและมีคำสั่งทุก ๆ 2 เดือน ยังคงมีความเห็นว่าจะไม่ควรถูกปล่อยตัวไป เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า คำสั่งฉบับนี้ เป็นการขยายลักษณะของบุคคลที่อยู่ในข่ายบังคับของกฎหมายฉบับดังกล่าว จากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ซึ่งเดิมบังคับใช้แก่บุคคลอันธพาล แต่คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 นี้ ได้กำหนดบังคับใช้กับบุคคลบางประเภทที่มีพฤติการณ์อันเป็นภัยต่อสังคม ซึ่งได้มีการกำหนดนิยามลักษณะของบุคคลที่มีพฤติการณ์อันเป็นภัยต่อสังคมไว้อย่างกว้างขวางกว่านิยามของบุคคลอันธพาล โดยนิยามของคำสั่งฉบับนี้ มีลักษณะเป็นการครอบคลุมไปถึงบุคคลที่เรียกได้ว่าเป็นผู้ต้องหาทางการเมือง หรือผู้ต้องหาทางความคิดเข้าไว้ด้วย ดังนั้นคำสั่งฉบับนี้จึงมีลักษณะที่สมบูรณ์

⁵³ ปราชญ์รัฐธรรมนูญฯ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2538 มาตรา 166, 167, 168, 169.

แบบกว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 22 ในแง่ของการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และนัยแห่งกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมากกว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 22 เสียอีก

จากการที่คำสั่งฉบับนี้ ได้มีการขยายขอบเขตการบังคับใช้แก่บุคคลเช่นนี้เอง จึงทำให้คำสั่งฉบับนี้มีลักษณะเหมือนกับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 199 ลงวันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ.2515 ซึ่งออกโดย จอมพลถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติจากกรณีการปฏิวัติตัวเอง เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2514 อีกด้วย⁵⁴ กล่าวคือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 199 ได้ให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนผู้ต้องหาอันมีพฤติการณ์ที่เป็นคอมมิวนิสต์ได้ จนกว่าการสอบสวนจะเสร็จสิ้นหรือตามความจำเป็น เพื่อความมั่นคงของประเทศและความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

5.4 การลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพิมพ์ หรือการโฆษณา

รัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยโดยทั่วไป จะมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะสิทธิเสรีภาพในการพูด หรือการแสดงความคิดเห็น การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาหรือการสื่อความหมายโดยวิธีการอย่างอื่น และสิทธิเสรีภาพของประชาชนเหล่านี้ จึงถือได้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด และไม่อาจถูกจำกัดหรือถูกพรากไปจากประชาชนได้ โดยการทำลายศักดิ์ศรี หรือคุณค่าแห่งความเป็นมนุษย์ โดยเหตุนี้เอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับ จึงได้มีการบัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน⁵⁵

แต่อย่างไรก็ตาม กล่าวสำหรับสังคมไทยที่ผ่านมากลับมีกฎหมายหลายฉบับที่ออกมาก บังคับใช้แก่ประชาชนในลักษณะที่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพดังกล่าว โดยเฉพาะกฎหมายในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร โดยหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพิมพ์หรือการโฆษณาของประชาชนในลักษณะนี้ ในแห่งหนึ่งจะเป็นการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหาร กล่าวคือ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการควบคุมจำกัดขอบเขตการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิเสรีภาพของบรรดาสังคีติมณฑลต่าง ๆ อาทิเช่น หนังสือพิมพ์ วารสาร และหนังสือต่าง ๆ ด้วยการบังคับว่าการออกสิ่งตีพิมพ์ใด ๆ ต้องขออนุญาตและได้รับอนุญาตต่อเจ้าพนักงานการพิมพ์ตามกฎหมายเสียก่อน จึงเท่ากับเป็นการควบคุมการกำเนิดของบรรดาสังคีติมณฑลใหม่ ๆ และเงื่อนไขที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ การกำหนดให้รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจในการตรวจข่าวก่อนตีพิมพ์ และมีอำนาจในการสั่งปิดสำนักพิมพ์ และโดยเฉพาะการสั่งปิดหนังสือพิมพ์ได้ ซึ่งการสั่งปิดดังกล่าวมักเป็นไปภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ ไม่ชัดเจนและอาจตีความได้ตามอำเภอใจของฝ่ายบริหาร และในอีกแห่งหนึ่งของการจำกัดสิทธิเสรีภาพของ

⁵⁴ มาตุ บุณนาค. "คำสั่งของคณะปฏิวัติการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 22 เรื่องการจับกุมผู้ที่มีพฤติการณ์เป็นภัยต่อสังคม วรรณกรรมกฎหมาย ปีที่ 3, (มกราคม-เมษายน 2523) หน้า 11.

⁵⁵ โปรดดูรัฐธรรมนูญ 2534 แก้ไขเพิ่มเติม 2538 มาตรา 39.

ประชาชนในลักษณะนี้คือ การตัดรอนสิทธิเสรีภาพทางความคิดความเชื่อในทางการเมือง โดยการห้ามมิให้ประชาชนมีสิ่งตีพิมพ์ซึ่งรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้กำหนดรายชื่อไว้ในความครอบครอง ซึ่งมักจะเป็นสิ่งตีพิมพ์เกี่ยวกับความคิด ความเชื่อหรืออุดมการณ์ทางการเมือง ทั้งฝ่ายประชาธิปไตยและโดยเฉพาะฝ่ายสังคมนิยมด้วยแล้ว ซึ่งรูปธรรมของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ในลักษณะที่กล่าวถึงมีดังนี้

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 17 ลงวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ.2501

ประกาศฉบับนี้ โดยสาระสำคัญแล้วจะมีบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวมากขึ้นกว่าพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 ซึ่งกำเนิดขึ้นในยุค "เชื้อผู้นำชาติพันธุ์" ของจอมพล ป. พิบูลสงครามอีก กล่าวคือ ประกาศฉบับนี้มีการกำหนดให้ผู้ใดที่จะออกหนังสือพิมพ์ต้องมาขออนุญาตต่อพนักงานการพิมพ์เสียก่อน (ในพระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ.2484 เพียงแต่กำหนดให้มา "แจ้งความ" ต่อพนักงานการพิมพ์เท่านั้น) และประการสำคัญได้มีการกำหนดเงื่อนไข ในการส่งถอนใบอนุญาตการเป็นเจ้าของบรรณาธิการผู้พิมพ์ กล่าวคือ การขยายเงื่อนไขในการปิดหนังสือพิมพ์ให้มีขอบเขตกว้างขวาง และครอบคลุมมากกว่าเดิมนั่นเอง

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519

โดยสาระสำคัญของคำสั่งฉบับนี้ ได้กำหนดให้อำนาจแก่กระทรวงมหาดไทย ในการดำเนินการเก็บ รับ และทำลายเอกสารหรือสิ่งตีพิมพ์ทุกชนิดในการเสนอข่าวสารหรือข้อเขียนที่ก่อให้เกิดความแตกแยกต่อความสามัคคีภายในชาติ หรือเป็นการเสนอข่าวสารหรือข้อเขียนในลักษณะซึ่งนำให้ผู้อ่านเกิดความนิยมและเลื่อมใสศรัทธาต่อลัทธิคอมมิวนิสต์ เป็นต้น

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 42 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ.2519

คำสั่งฉบับนี้ มีสาระสำคัญโดยเนื้อหาส่วนใหญ่ มีลักษณะเช่นเดียวกับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 17 ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งได้ถูกยกเลิกไปภายหลังเหตุการณ์เรียกร้องประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2516 และเมื่อมีการปฏิวัติรัฐประหารครั้งใหม่โดยพลเรือเอกสงัด ชลออยู่ เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 ก็ได้มีการรื้อฟื้นประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 17 ขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง แต่ภายใต้การเรียกชื่อใหม่ว่า คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 42 และสาระสำคัญอีกประการหนึ่งของคำสั่งฉบับนี้ ปรากฏว่าได้มีการเพิ่มเติมในเรื่องการควบคุม "รูปภาพ" ในการพิมพ์เผยแพร่เข้าไปอีกด้วย ซึ่งเป็นการตัดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็นในลักษณะเบ็ดเสร็จมากยิ่งขึ้น

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 43 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ.2519

คำสั่งฉบับนี้ มีเนื้อหาสำคัญในการบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดมิไว้ในความครอบครอง ซึ่งเอกสารและสิ่งตีพิมพ์ทุกชนิด ซึ่งมีเนื้อหาในการ "ส่อ" ให้เกิดการแตกแยกความสามัคคีภายในชาติ หรือเป็นการชี้นำผู้อ่านเพื่อให้เกิดความเลื่อมใสและศรัทธาในความคิด ความเชื่อของลัทธิคอมมิวนิสต์ ทั้งนี้ก็เพื่อความมั่นคงแห่งรัฐและความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ โดยนัยของคำสั่งฉบับนี้ จึงเป็นการขยายขอบเขตแก่ผู้กระทำ

ความผิดในลักษณะนี้ เพื่อให้มีความครอบคลุมมากขึ้นจากคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 5 นั้นเอง

นอกเหนือจากประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารทั้ง 4 ฉบับข้างต้นที่มีเนื้อหาในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น การพิมพ์ หรือการโฆษณาแล้ว ยังปรากฏว่ามีประกาศของกระทรวงมหาดไทยอีกหลายฉบับ ที่มีสาระสำคัญในการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว ซึ่งเป็นการสอดคล้องกันเป็นอย่างดีกับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีมาก่อนหน้านี้ อาทิเช่น ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดหนังสือ เอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครอง ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2520, ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดหนังสือ เอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครอง ลงวันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ.2523 และประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดหนังสือ เอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครอง ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ.2523 ซึ่งเป็นการออกมาเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบัญชีรายชื่อหนังสือต้องห้าม ในความครอบครองเป็นระยะ ๆ

ตราบกระทั่งล่าสุด ภายใต้บรรยากาศทางการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยที่มีอยู่ได้ไม่นาน การลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการแสดงความคิดเห็น การพิมพ์ หรือการโฆษณา ก็ได้ถูกปิดกั้นและถูกจำกัดลงอีกครั้งหนึ่ง ภายหลังจากการปฏิวัติรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ โดยการออกประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ เรื่องการให้เจ้าของและบรรณาธิการหนังสือพิมพ์ทุกฉบับมารายงานตัว เพื่อรับฟังการชี้แจง การเสนอข่าว และการควบคุมข่าวหนังสือพิมพ์ ซึ่งปรากฏรายละเอียดดังนี้

- ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 14 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2534

โดยสาระสำคัญของประกาศฉบับนี้คือ การกำหนดบังคับให้หนังสือพิมพ์ทุกฉบับ นำข่าวที่มีผลกระทบต่อคณะบริหารราชการแผ่นดินของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ให้เสนอข่าวดังกล่าว นั้นมาที่เลขาธิการคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ภายในเวลา 10.00 น. ของทุกวัน ทั้งนี้เมื่อได้รับความเห็นชอบในการนำเสนอข่าวแล้ว จึงจะสามารถนำลงตีพิมพ์เพื่อเผยแพร่ต่อไปได้ หากมีการฝ่าฝืนข้อห้ามตามประกาศ รสช. ฉบับนี้ ก็จะต้องได้รับโทษนับตั้งแต่การปรับ ไปจนถึงการสั่งปิดหนังสือพิมพ์ฉบับที่ฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าว

5.5. การจำกัดสิทธิเสรีภาพด้านแรงงาน

รูปธรรมของกฎหมายหกกกล่าวโดยเฉพาะ ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ฉบับต่าง ๆ ที่มีเนื้อหาในการจำกัดสิทธิเสรีภาพด้านแรงงานแล้ว ตั้งแต่อดีตที่ผ่านมาได้ปรากฏให้เห็นในหลายรูปแบบ นับแต่การตัดสิทธิของลูกจ้างในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน เพื่อการรวมตัวเรียกร้องสิทธิอันพึงมีพึงได้ของตน, การห้ามลูกจ้างนัดหยุดงาน หรือการแทรกแซงของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อการเข้าร่วมเจรจาต่อ

รระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งโดยสาระสำคัญดังกล่าวแล้วนับได้ว่าเป็นการจำกัดและ
ลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการก่อตั้งสมาคม (สหภาพ) เพื่อวัตถุประสงค์ในการแสวงหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ
และสร้างความไม่เป็นธรรม ในการเจรจาต่อรอง ในเรื่องเกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทด้านแรงงานระหว่างลูกจ้าง
กับนายจ้างทั้งสิ้น รูปธรรมของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว มีดังนี้

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 19 ลงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ.2501

โดยเนื้อหาของประกาศฉบับนี้ ได้กำหนดห้ามมิให้ลูกจ้างก่อตั้งสหภาพแรงงานในการรักษา
และดูแลผลประโยชน์ของตนเอง จึงถือได้ว่าเป็นการปิดโอกาสในการรวมตัวกันเพื่อเรียกร้องค่าจ้างของ
บรรดาลูกจ้าง อันเป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในการรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์ผลประโยชน์ของตน
ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งทุกฉบับได้บัญญัติรับรองไว้นั่นเอง

นอกจากนี้ยังมีการออกกฎหมายดังกล่าว ในรูปของประกาศกระทรวงมหาดไทยอีก ดังนี้

- ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องให้ข้อพิพาทแรงงานเข้าสู่การชี้ขาด และห้ามนายจ้างปิด
งานหรือลูกจ้างนัดหยุดงาน ในระหว่างประกาศใช้กฎอัยการศึก ลงวันที่ 8 ตุลาคม พ.ศ.2519

ประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้เป็นการประกาศห้ามมิให้นายจ้างปิดงาน หรือลูกจ้างนัด
หยุดงาน ทั้งนี้ไม่ว่าในท้องที่ใด ๆ หรือกิจการใด ๆ โดยสิ้นเชิง

- ประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 54 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์
พ.ศ.2534

สาระสำคัญของประกาศฉบับนี้ กำหนดห้ามมิให้นายจ้างปิดงาน และห้ามมิให้ลูกจ้างรวม
ตัวกัน เพื่อนัดหยุดงานไม่ว่าในท้องที่ใด ๆ หรือกิจการใด ๆ ทั้งนี้การปิดงานของนายจ้างและการนัดหยุดงาน
ของลูกจ้างตามประกาศฉบับนี้ จึงกระทำไม่ได้ทั้งสิ้นและไม่ว่ากรณีใด ๆ โดยสิ้นเชิง เช่นนี้เองจึงเห็นได้ว่า
โดยเนื้อหาของประกาศฉบับนี้จึงเป็นการจำกัด และลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชนแบบเบ็ดเสร็จ ซึ่งเป็น
การปิดโอกาสในการรวมตัวของลูกจ้างในการเรียกร้องค่าจ้างแรงงานโดยสิ้นเชิง

5.6. การต่อต้านการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์

กล่าวสำหรับบรรดาตัวบทกฎหมาย ในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐ
ประหารที่มีบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการจำกัดหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว กลุ่มของประกาศ
หรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการต่อต้านการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ นับตั้งแต่ปี
พ.ศ.2476 เป็นต้นมา ทั้งที่ได้ถูกยกเลิกไปแล้วและยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน อาจกล่าวได้ว่าเป็นแหล่ง
รวมของรูปธรรมของกฎหมาย ที่มีเนื้อหาในการลิดรอนและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ภายใต้
ระบอบประชาธิปไตยไว้อย่างมากที่สุด ซึ่งบรรดารูปธรรมของประกาศหรือคำสั่งที่มีเนื้อหาในการละเมิดสิทธิ
เสรีภาพของประชาชนที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ต่างล้วนถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอันเกี่ยวกับการกระทำอัน
เป็นคอมมิวนิสต์ทั้งสิ้น ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการละเมิดสิทธิเสรีภาพในความคิด ความเชื่อในลัทธิหรือ

อุดมการณ์ทางการเมือง, สิทธิเสรีภาพในการเลือกหรือกำหนดวิถีชีวิตของตนเอง, การกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหาร กล่าวคือ รัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการวินิจฉัยชี้ขาดที่แน่นอนเกี่ยวกับเป็นตลพิษต่างหากจากศาลยุติธรรม, การกำหนดบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังที่เป็นโทษในทางอาญาต่อผู้ต้องหาหรือจำเลย, การตัดสิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาหรือจำเลยในการตั้งนายความขึ้นต่อสู้คดี หรือการตัดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลยุติธรรม หรือแม้กระทั่งการกำหนดให้มีการยกเว้นหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อันว่าด้วยระยะเวลาในการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลย เป็นต้น ซึ่งรูปธรรมของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารเกี่ยวกับการต่อต้านการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ มีดังนี้

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ.2501 และ

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 27 ตุลาคม พ.ศ.2501

ประกาศทั้งสองฉบับนี้ มีสาระสำคัญในการให้อำนาจสูงสุดแก่ตำรวจหรือพนักงานสอบสวน ในการควบคุมผู้ต้องหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายคอมมิวนิสต์ได้อย่างไม่มีกำหนด โดยไม่ต้องขออนุญาตต่อศาลในการฝากขัง ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยระยะเวลาในการควบคุมตัวผู้ต้องหาตามความจำเป็นของพฤติการณ์แห่งคดี ซึ่งก่อนหน้า พ.ศ.2501 นั้น การควบคุมผู้ต้องหาจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่ปรากฏว่านับแต่มีประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 เป็นต้นมา การควบคุมตัวผู้ต้องหาที่ถูกจับในข้อหาคอมมิวนิสต์ ได้กลายเป็นเรื่องพิเศษและไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาตลอดมาจนถึงปัจจุบัน⁵⁶ นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ผู้กระทำผิดต่อกฎหมายคอมมิวนิสต์อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาคดีของศาลทหารในเวลาไม่ปกติด้วย ผลจากการนี้ จึงทำให้จำเลยไม่มีสิทธิในการตั้งนายความขึ้นต่อสู้คดีในการแก้ต่างคดีแทนตน รวมทั้งหมดสิทธิในการอุทธรณ์หรือฎีกาอีกด้วย ทั้งนี้โดยมีต้องคำนึงถึงว่าคดีที่มีข้อหาดังกล่าว ได้เกิดขึ้นก่อนหรือหลังวันประกาศใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม จึงนับได้ว่าเป็นการบังคับใช้กฎหมายย้อนหลังในทางที่เป็นโทษต่อตัวจำเลยด้วย

ตามประกาศของคณะปฏิวัติข้างต้น ผู้ถูกจับในข้อหาคอมมิวนิสต์สามารถถูกควบคุมตัวไว้ได้จนตลอดชีวิต เช่นนี้จึงเป็นที่เห็นได้อย่างชัดเจนว่าในยุคของเผด็จการเบ็ดเสร็จในสมัยของ จอมพล สฤษดิ์ ธนะรัชต์ แล้ว หากผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ถูกจับและถูกควบคุมตัวในข้อหาคอมมิวนิสต์แล้ว ก็อาจจะถูกจับและถูกควบคุมตัวในข้อหาอันชพาลตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งอาจถูกส่งตัวไปควบคุมอยู่ในสถานอบรมและฝึกอาชีพได้อีกนาน โดยไม่มีกำหนดอีกเช่นกัน ในยุคสมัยเช่นนี้เอง สิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงถูกลิดรอนและล่วงละเมิดในลักษณะที่ค่อนข้างเบ็ดเสร็จอย่างแท้จริง

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน พ.ศ.2514

ประกาศฉบับนี้ โดยเนื้อหาแล้วเป็นการถอดสาระสำคัญของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 และฉบับที่ 15 พ.ศ.2501 ในสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ที่ได้กล่าวมาแล้ว

⁵⁶ โทคิน พทฤท, ปัญหาและข้อคิดบางเรื่องในรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพมหานคร:สมาคมสังคมนิติศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2530, หน้า 127.

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 78 ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2515

ประกาศฉบับนี้มีสาระสำคัญส่วนหนึ่งเป็นการบัญญัติยกเว้น กรณีที่ไม่ต้องมีการชันสูตรพลิกศพผู้ซึ่งถูกสงสัย โดยมีเหตุอันสมควรว่ามีการกระทำตามกฎหมายคอมมิวนิสต์ หากการชันสูตรพลิกศพดังกล่าว จะเป็นอุปสรรคแก่การปฏิบัติการในการป้องกันและปราบปรามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือจะเป็นอันตรายต่อเจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่ ซึ่งถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการยกเว้นมาตรการสำคัญอีกประการหนึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการกระทำโดยมิชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงาน

- ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 199 ลงวันที่ 10 สิงหาคม พ.ศ.2515

ประกาศฉบับนี้ กำหนดให้อำนาจพนักงานสอบสวนควบคุมผู้ต้องหาคดีคอมมิวนิสต์ ได้ตลอดระยะเวลาที่ทำการสอบสวนหรือตามที่เห็นว่าจำเป็นเพื่อความมั่นคงของประเทศและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ทั้งนี้โดยมิต้องปฏิบัติตามวิธีการและกำหนดระยะเวลาในการควบคุมผู้ต้องหาหรือจำเลย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่พนักงานสอบสวนในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือจำเลย ในคดีความผิดเกี่ยวกับคอมมิวนิสต์อย่างไม่มีข้อจำกัดใด ๆ ทั้งสิ้น จึงนับได้ว่าเป็นการย้อนกลับไปหาหลักการเช่นเดียวกับประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 12 ของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งผู้ถูกจับกุมในข้อหาดังกล่าวอาจถูกควบคุมตัวไว้ได้ตลอดชีวิตอีกครั้งหนึ่ง

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519

คำสั่งฉบับนี้ ปรากฏขึ้นภายหลังจากเหตุการณ์นองเลือด เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 โดยพลเรือเอกส้งต ฆอลออยู่ ในฐานะหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ได้มีคำสั่งใน ข้อ 5 โดยสาระสำคัญคือ ให้ทำการริบและทำลายเอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ทุกชนิด ซึ่งมีเนื้อหาในการชี้นำผู้อ่านให้เกิดความนิยมเลื่อมใสในลัทธิคอมมิวนิสต์ เป็นต้น

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 8 ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 14 ลงวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ.2519

สาระสำคัญของคำสั่งทั้งสองฉบับนี้คือ การกำหนดให้บรรดาคดีที่มีข้อหาว่ากระทำความผิดต่อกฎหมายป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ ทั้งนี้ไม่ว่าผู้ต้องหาจะได้ถูกควบคุมตัวอยู่แล้วก่อนหรือหลังวันประกาศใช้คำสั่งสองฉบับนี้ให้อยู่ในอำนาจของศาลทหารที่จะพิจารณาคดี และโดยที่ไม่มีสิทธิในการตั้งทนายความขึ้นเพื่อแก้ต่างคดีแทนตน หรือแม้กระทั่งการอุทธรณ์หรือฎีกาตามกระบวนการยุติธรรมกรณีปกติ

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 25 ลงวันที่ 17 ตุลาคม พ.ศ.2519

โดยสาระสำคัญของคำสั่งฉบับนี้ จะเป็นการแก้ไขบทนิยามและกำหนดให้มีการเพิ่มโทษในความผิดต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติป้องกันการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ให้มากขึ้น โดยการกำหนดให้อำนาจแก่เจ้าพนักงาน ในการส่งตัวบุคคลที่เห็นว่าเป็นผู้หลงผิดซึ่งไม่สมควรถูกฟ้องคดีต่อศาล ให้เข้ารับการอบรมในสถานที่ได้กำหนดขึ้นเป็นเวลาไม่เกิน 6 เดือน เป็นต้น

- คำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน ฉบับที่ 43 ลงวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ.2519 คำสั่งฉบับนี้ ได้มีการบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดมิไว้ในความครอบครอง ซึ่งเอกสารและสิ่งตีพิมพ์ ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการชี้นำผู้อ่านเพื่อให้เกิดความนิยมเลื่อมใสในลัทธิคอมมิวนิสต์ ทั้งนี้อยู่ในอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จะได้กำหนดเป็นบัญชีรายชื่อเอกสารและสิ่งตีพิมพ์ (ต้องห้าม) ไว้ในราชกิจจานุเบกษา และได้มีการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนไว้ถึงขั้นจำคุก 1 ปี

นอกจากประกาศของคณะปฏิวัติรัฐประหารฉบับต่าง ๆ ดังกล่าวมาข้างต้นแล้วยังปรากฏว่า ได้มีการออกกฎหมายที่มีเนื้อหาในการต่อต้านการกระทำอันเป็นคอมมิวนิสต์ ในรูปแบบของกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวงมหาดไทยอีกหลายฉบับ ดังนี้

- ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดหนังสือ เอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครอง ลงวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2520
- ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดหนังสือ เอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ที่ห้ามมิให้ผู้ใดครอบครอง ลงวันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ.2523
- ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดชื่อเอกสาร และสิ่งตีพิมพ์ที่ห้ามมิให้ผู้ใดมิไว้ในความครอบครอง ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน พ.ศ.2523 ยกเลิกประกาศกระทรวงมหาดไทย ฉบับลงวันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ.2523

กล่าวโดยสาระสำคัญของประกาศกระทรวงมหาดไทยทั้งสามฉบับนี้ จะเป็นการกำหนดให้รายชื่อหนังสือตามบัญชีรายชื่อที่ได้กำหนดไว้ เป็นเอกสารและสิ่งตีพิมพ์ซึ่งต้องห้ามมิให้ผู้ใดมิไว้ในความครอบครอง โดยกำหนดให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองเอกสารและสิ่งตีพิมพ์ตามบัญชีรายชื่อดังกล่าว นำไปส่งมอบแก่เจ้าพนักงานตำรวจภายในกำหนดระยะเวลาที่กำหนดให้ หากมิได้นำส่งมอบแก่เจ้าพนักงานตำรวจ เจ้าของหรือผู้ครอบครองเอกสารดังกล่าว ย่อมมีความผิดและได้รับโทษ เป็นต้น

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ภายหลังจากที่มีการยึดอำนาจทางการเมืองการปกครองจากรัฐบาลก่อน ๆ โดยคณะทหารแล้ว สิ่งหนึ่งที่คณะปฏิวัติรัฐประหารมักกระทำเสมอภายหลังจากการยึดอำนาจการปกครองสำเร็จก็คือ การออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารต่าง ๆ โดยที่มิต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติตั้งเช่นกรณีสถานการณ์ปกติ ซึ่งมีกระบวนการและกลไกต่าง ๆ ในการออกและควบคุมกฎหมาย โดยผ่านการแสดงเจตนาารมณ์ของประชาชน โดยสภาผู้แทนราษฎรที่ได้มีการพิจารณาและตรวจสอบไตร่ตรองก่อนที่กฎหมายจะมีผลบังคับใช้ต่อประชาชน อันเป็นไปภายใต้ระบอบประชาธิปไตย แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวมีอาจเกิดขึ้นได้เลย ภายได้สถานการณ์แห่งการปฏิวัติรัฐประหาร การแสดงเจตนาารมณ์ของประชาชน โดยผ่านกระบวนการออกกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้ได้ต่อกรณีดังกล่าว ผลจากการนี้จึงมักปรากฏเสมอภายหลังจากการยึดอำนาจการปกครองของคณะทหารคือ การออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ให้สมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลง ซึ่งภายหลังจากการนี้จึงถือได้ว่า การเมืองการปกครองของประเทศอยู่ภายใต้อำนาจเบ็ดเสร็จของคณะปฏิวัติรัฐประหาร

เช่นนี้เองการบังคับการของคณะปฏิวัติรัฐประหารทั้งในทางการบริหารราชการแผ่นดิน การเมืองการปกครอง การบังคับการเพื่อให้ประชาชนปฏิบัติตามคำสั่งต่าง ๆ จึงล้วนออกมาในรูปแบบของประกาศหรือคำสั่งของ คณะปฏิวัติรัฐประหารทั้งสิ้น ด้วยเหตุเช่นนี้เองภายใต้การปกครองแบบเผด็จการเบ็ดเสร็จโดยคณะทหาร จึง มักปรากฏเสมอ ๆ เช่นเดียวกันที่การออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น มีเนื้อหาในการลิดรอนและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้านต่าง ๆ เสมอทั้ง ๆ ที่สิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกล่าว ส่วนใหญ่มักจะได้รับ การบัญญัติรับรองไว้เสมอในรัฐธรรมนูญฉบับ อันถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครอง ประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนบางอย่างก็ได้มีการ รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งนานาประเทศต่างให้การยอมรับในการที่จะล่วงละเมิดมิได้ แต่กรณีดังกล่าวไม่สามารถนำมาใช้ได้เลยสำหรับสังคมไทย โดยเฉพาะภายใต้การปกครองแบบเผด็จการเบ็ด เ็จเสร็จของคณะทหาร ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงตามกรณีตัวอย่างของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ที่กล่าวมาข้างต้น โดยเนื้อหาและสาระสำคัญของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว คงมิ อาจปฏิเสธได้ว่ามีเนื้อหาในการลิดรอนและละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจน อันเป็นการแสดง ออกถึงเนื้อหาของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเช่นกัน จึงสมควรที่ทุกฝ่ายในสังคมไทย ควรจะต้องทบทวนประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ที่มีเนื้อหาในการลิดรอนและละเมิดต่อสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอย่างจริงจัง (ซึ่งบางฉบับยังคงมีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบันด้วย) เพื่อให้สอดคล้องกับ บรรยากาศแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการคุ้มครอง สิทธิเสรีภาพของประชาชน

6. ผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร

การพิจารณาถึงผลทางกฎหมาย ของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น อาจ ถือได้ว่า เป็นผลสืบเนื่องจากการพิจารณาว่าการกระทำหรือการยึดอำนาจของคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ได้ โค่นล้มระบอบการเมืองการปกครองเดิมจากรัฐบาลก่อนสำเร็จแล้ว คงมีปัญหาสืบเนื่องที่จะต้องพิจารณาใน ประเด็นแรกก่อนว่า การกระทำดังกล่าวของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น เป็นการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่ง ในประเด็นนี้นักนิติศาสตร์ของไทยส่วนใหญ่ ไม่ว่าจะเป็นศาลหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีบทบาทเกี่ยวข้อง ต่างล้วนยึดถือและยอมรับเอาทฤษฎีกฎหมายฝ่ายบ้านเมือง (Positive Law)⁵⁷ มาเป็นหลักในการอธิบายคำ ตอบต่อประเด็นพิจารณาดังกล่าวมาโดยตลอด ดังปรากฏได้อย่างชัดเจนในคำพิพากษากฎีกาและคำวินิจฉัย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้กล่าวมาแล้ว

ต่อประเด็นคำตอบในการพิจารณาถึง ความชอบด้วยกฎหมายของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ข้างต้น จึงดูเหมือนจะเป็นข้อสรุปที่ตายตัวและยอมรับอย่างไม่มีเงื่อนไข ในการยอมรับผลทางกฎหมายของ ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารซึ่งมีผลบังคับใช้ได้อย่างถาวรไปในตัว แม้กระทั่งเมื่อสถานการณ์

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

ทางการเมืองการปกครองเข้าสู่สภาพการปกปิดแล้วกล่าวคือ เมื่อคณะปฏิวัติรัฐประหารได้จัดให้มีรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant) และมีรัฐสภาขึ้นแล้ว ภายหลังจากการปฏิวัติรัฐประหารก็ตาม ก็ยังคงยึดถือต่อไปว่า บรรดาประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารทั้งหลายยังคงเป็นกฎหมายและมีผลบังคับใช้ต่อไป⁵⁸

อย่างไรก็ตาม ประเด็นการยอมรับในผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารก็ได้มีการยอมรับโดยปราศจากข้อโต้แย้งอย่างใด ซึ่งหากพิจารณาถึงการบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ที่ได้มีการบัญญัติไว้ครั้งแรก ในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ.2515 มาตรา 21 บัญญัติว่า "บรรดาประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ได้ประกาศหรือสั่ง ในระหว่างการปฏิวัติ วันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2514 จนถึงวันประกาศธรรมนูญการปกครองนี้ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้น เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย" และการบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารดังกล่าว ก็ได้มีการบัญญัติเป็นจารีต⁵⁹ ในการตราธรรมนูญการปกครองในฉบับต่อ ๆ มาทุกฉบับ⁶⁰ การบัญญัติรับรองผลทางกฎหมายเช่นนี้เอง จึงเป็นการแสดงอย่างชัดเจนว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ยอมรับในเบื้องต้นว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงได้กำหนดเป็นกฎเกณฑ์ (norm) เพื่อรับรองผลของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารให้ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการยืนยันถึงการวิเคราะห์ฐานะของประกาศหรือคำสั่งนั้นว่าไม่ใช่กฎหมาย⁶¹

โดยนัยนี้ การบัญญัติแต่เพียงว่าให้ประกาศหรือคำสั่ง และการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้นชอบด้วยกฎหมาย ก็เป็นแต่เพียงการรับรองผลของประกาศหรือคำสั่งและการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นว่า สอดคล้องกับกฎหมายเท่านั้น ไม่ใช่การบัญญัติให้ประกาศหรือคำสั่ง และการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งมีสภาพบังคับเป็นกฎหมายในตัวเองแต่อย่างใด⁶²

เมื่อความจำเป็นทางข้อเท็จจริงที่สังคมไทย จำต้องยอมรับสภาพความเป็นรัฐาธิปไตยของคณะปฏิวัติรัฐประหาร และอำนาจในการออกกฎหมายในรูปของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในขณะที่คณะปฏิวัติรัฐประหารยังมีอำนาจปกครองเบ็ดเสร็จอยู่นั้น ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารย่อมมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย เพราะคณะปฏิวัติรัฐประหารที่ใช้อำนาจอยู่ในขณะนั้นเป็นการใช้อำนาจตามพฤตินัย แต่เมื่อเงื่อนไขตามพฤตินัยเช่นนี้สิ้นสุดลง กล่าวคือ ประเทศกลับเข้าสู่

⁵⁸ โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523.

⁵⁹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแปลงสภาพกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 282.

⁶⁰ โปรดดูรัฐธรรมนูญฯ 2519 มาตรา 29, ธรรมนูญการปกครองฯ 2520 มาตรา 32 และธรรมนูญการปกครองฯ 2534 มาตรา 32.

⁶¹ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน : การแปลงสภาพกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย, หน้า 282-283.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 283. และดูความเห็นแย้งกันได้ใน อุดม วิเชียรเจริญ, "รอยต่างในทฤษฎีรัฐาธิปไตยของไทย" หน้า 88.

สถานการณ์ปกติมีรัฐธรรมนูญหรือรัฐสภาหรือองค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้งขึ้น (pouvoir constitué) แล้ว การยอมรับในผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ก็สมควรที่จะยุติลงเช่นกัน ด้วยเหตุที่ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว มีสภาพบังคับเฉพาะกาลในช่วงเวลาที่ยังมิได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ⁶³ เพื่อเหตุผลและความจำเป็นในการจัดการปกครองประเทศ ให้กลับเข้าสู่สภาวะการณ์ปกติโดยเร็วที่สุด ครอบงำที่สถานการณ์ของประเทศเข้าสู่ความสงบเรียบร้อยแล้ว ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารก็ควรจะต้องหมดสภาพบังคับของความเป็นกฎหมายไปด้วยเช่นกัน เมื่อได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ (ฉบับถาวร) และเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติและตุลาการตามสถานการณ์ปกติ⁶⁴ การพิจารณาถึงการใช้อำนาจในการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร ในขณะที่ยังคงมีอำนาจเบ็ดเสร็จว่าเป็นการใช้อำนาจตามพหุนัยเช่นนี้ ผลจากการนี้จึงถือได้ว่าการใช้อำนาจดังกล่าวจึงไม่ใช่การใช้อำนาจออกกฎหมายในฐานะรัฐอธิปไตยโดยนิติบัญญัตินั่นเอง

อนึ่ง การพิจารณาถึงการยอมรับในผลทางกฎหมายหรือสภาพบังคับของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารจึงมีอาจพิจารณาได้แต่เพียงเนื้อหา (substance) และเงื่อนไข (condition) ของประกาศหรือคำสั่งนั้น ๆ ในฐานะที่มีความสัมพันธ์ต่อบริบททางสังคมการเมืองในขณะนั้นเท่านั้น หากแต่จะต้องพิจารณาถึงมิติแห่งเงื่อนไขเวลาที่มีส่วนสัมพันธ์กัน ซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยพฤติการณ์จากข้อเท็จจริงของการปฏิวัติรัฐประหารโดยการพิจารณาที่ควบคู่กันไป การที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาฎีกาว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารยังคงมีผลเป็นกฎหมายบังคับใช้อยู่⁶⁵ จนกว่าจะมีรัฐธรรมนูญใหม่บัญญัติให้ยกเลิกหรือมีการตรากฎหมายใหม่ยกเลิก หรือข้อความในประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เมื่อพิจารณาในแง่แล้ว จึงเท่ากับเป็นการยอมรับโดยนิติบัญญัติว่าการปฏิวัติรัฐประหารเป็นสิ่งที่ชอบธรรม ในกระบวนการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเทียบเท่าวิถีทางแห่งรัฐธรรมนูญ⁶⁶ เงื่อนไขแห่งความไม่ลงรอยระหว่างประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร กับกระบวนการที่สร้างความชอบธรรม ภายหลังจากการใช้อำนาจออกหรือรับรองประกาศหรือคำสั่งนั้น ๆ ให้มีความชอบด้วยกฎหมาย และมีผลบังคับทางกฎหมาย (แม้จะมีความไม่แน่ใจในระดับหนึ่งก็ตาม) จึงนับเป็นเงื่อนไขสำคัญ ในการวิพากษ์วิจารณ์ต่อผลทางกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร โดยเฉพาะเมื่อประกอบกับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารหลายต่อหลายฉบับ ที่ยังคงมีผลทางกฎหมายบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ซึ่งโดยเนื้อหาสาระแล้วมักมีปัญหาในการลิดรอนและละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตามการวิพากษ์วิจารณ์ต่อประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร น่าที่จะออกมาในรูปของการยกเลิกเป็นรายฉบับมากกว่าที่จะเป็นการยอมรับหรือปฏิเสธอย่างสิ้นเชิงทั้งหมด โดยการพิจารณาที่ยึดอยู่บนหลัก

⁶³ อุดล วิเชียรเจริญ, "รอยต่างในทฤษฎีรัฐธรรมนูญของไทยของไทย" หน้า 70.

⁶⁴ เกณฑ์ จนาริก, "การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ" หน้า 274.

⁶⁵ โปรดดูคำพิพากษาฎีกาที่ 1234/2523.

⁶⁶ เกณฑ์ จนาริก, "การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ" หน้า 278.

แห่งเนื้อหา เว็อนไซ และเงื่อนเวลาของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหารว่า แสดงออกถึงนัยใด ๆ ที่ลึตรอนและละเมียดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือไม่

กล่าวสำหรับทางออกของการแก้ปัญหาดังกล่าว ที่เป็นไปได้ในระบบการเมืองการปกครองปัจจุบัน คงจะมีอยู่เพียง 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก คือ การให้ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมาย เพื่อยกเลิกประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร อันเป็นไปภายใต้กระบวนการในระบอบประชาธิปไตย

ประการที่สอง คือ การมอบหน้าที่ให้ฝ่ายตุลาการหรือศาลยุติธรรม เป็นองค์กรที่มีบทบาทในการวินิจฉัย และตัดสินถึงความไม่สมบูรณ์ในผลทางกฎหมาย หรือวินิจฉัยและตัดสินถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิวัติรัฐประหาร เป็นรายฉบับไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย